REPÚBLICA DE COLOMBIA

Libertad y Orden

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**

**RESOLUCIÓN NÚMERO 20229400100018736 DE 2022**

*Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS*

**EL SECRETARIO GENERAL AD HOC**

En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Resolución No. 20218000013040-6 de 2021 y la Resolución No. 2021162000013709-6 de fecha 26 de octubre de 2021 expedida por el señor Superintendente Nacional de Salud, y

**CONSIDERANDO**

Que la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de las facultades legales dispuestas en el Estatuto General de Contratación Pública y lo establecido en su Manual de Contratación vigente, inició Actuación Administrativa conminatoria contra INDRA COLOMBIA SAS, por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones estipuladas en el Contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020/Orden de compra No. 61377 de 2020.

Que surtido el procedimiento administrativo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, le corresponde al Superintendente Delegado para Investigaciones Administrativas de la Superintendencia Nacional de Salud, en su calidad de Secretario General ad hoc, de conformidad con la Resolución No. 2021162000013709-6 del 26 de octubre de 2021, resolver lo pertinente en los siguientes términos:

**1. COMPETENCIA**

El suscrito Secretario General Ad Hoc de la Superintendencia Nacional de Salud es competente para decidir la presente actuación, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 y 209 de la Constitución Política, artículos 4, 11, 12 y 26 de la Ley 80 de 1993; artículos 9 de la Ley 489 de 1998; artículos 84 y 86 de la Ley 1474 de 2011; artículo 17 de la Ley 1150, artículos 3, 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, la Resolución No. 20218000013040-6 de 2021 y la Resolución No. 2021162000013709-6 del 26 de octubre de 2021 expedida por el señor Superintendente Nacional de Salud.

Que el Delegado para Investigaciones Administrativas de la Superintendencia Nacional de Salud en su calidad de Secretario General Ad Hoc tiene la facultad de adelantar la presente actuación administrativa sancionatoria de conformidad con lo establecido en el parágrafo primero (1°) del artículo primero (1°) de la Resolución No. 20218000013040-6 del 16 de septiembre de 2021, que establece:

***PARÁGRAFO PRIMERO**. En desarrollo de la presente delegación, la (el) Secretario General deberá adelantar todos los trámites relacionados con la actividad contractual, la aprobación y/ o modificación del manual de contratación y/o supervisión de la entidad, la apertura del proceso de selección, adjudicación, celebración de contratos estatales, convenios y/o contratos interadministrativos, adición, prórroga, aclaración, modificación, suspensión, cesión, terminación,*

Digitally signed by SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
Date: 2022.05.10 14:28:15 COT

*comprometer recursos presupuestales, adelantar el procedimiento de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento para decidir sobre la imposición de multas, declaratoria de incumplimiento, caducidad y terminación unilateral, exigibilidad de garantías, la aplicación de cláusulas excepcionales de contratos y/o convenios, en los cuales haya actuado como ordenador(a) del gasto y, demás actos inherentes a la actividad precontractual, contractual y postcontractual.*

Así mismo, el Delegado para Investigaciones Administrativas de la Superintendencia Nacional de Salud tiene la facultad de adelantar y resolver la presente actuación de conformidad con lo establecido en el artículo segundo (2°) de la Resolución No. 2021162000013709-6 del 26 de octubre de 2021, que establece:

***ARTÍCULO SEGUNDO. DESIGNASE*** *como Secretario General ad hoc de la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca, cite, desarrolle la audiencia, decida sobre la imposición o no de multa, sanción o declaratoria de incumplimiento y en general adelante las actuaciones tendientes a desarrollar hasta su culminación el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por la ejecución del contrato No. 547 del 2020/Orden de Compra 61377 de 2020, dentro de lo decidido por esta resolución, al funcionario* ***ANDRÉS EVELIO MORA CALVACHE****, titular del empleo de Superintendente Delegado para Investigaciones Administrativas de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con el artículo 3 de la Resolución 20218020013042 6 de 2021, mediante la cual se reubicaron algunos empleos en las Dependencias creadas por el Decreto 1080 de 2021.*

**FUNDAMENTO NORMATIVO QUE SOPORTA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA**

La actuación administrativa adelantada por el competente se soporta en la siguiente normativa:

**CONSTITUCIONAL**:

Artículo 29 de la Constitución Política, el cual dispone:

"***ARTICULO 29.*** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".*

**LEGAL**:

El artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, establece:

***"ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS.*** *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar*

*las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

*1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*

*En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.*

*(…)*

*3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

*(…)*

*7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.”*

El principio al debido proceso rige todas las actuaciones administrativas, y en materia contractual estatal está previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, así:

*“**ARTÍCULO 17. 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 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.*

***PARÁGRAFO.** 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.*

A su turno, los artículos 84 y 86 de la Ley 1474 de 2011, disponen:

***“ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES.** La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento*

*al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

*Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles,* ***o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente".*** *(Subrayado fuera de texto)*

*(…)"*
***Inciso 2 Parágrafo3:*** *"Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.*

***"ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.*** *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. (…)*
La Ley 80 al estipular los deberes de las Entidades Estatales preceptúa:

***"ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.*** *Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

*1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.*

*2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.*

*(…)."*

La misma disposición legal ordena:

*"**ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.** En virtud de este principio:*

*1o. Los servidores públicos están obligados 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.*

*(…)".*

**CONTRACTUAL**:

Que las estipulaciones contractuales sobre la facultad que le asiste a la Superintendencia Nacional de Salud, para adelantar trámites sancionatorios por el incumplimiento del contrato, están estipuladas, en este caso, en la Orden de compra No. 61377 de 2020 - Contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, en el acuerdo marco de precios para la prestación de Mesa de Servicio II No. CCE-183-AMP-2020, el cual establece:

***Cláusula 18 Declaratoria de incumplimiento***

***(…)***

*En caso de incumplimiento de las obligaciones específicas establecidas en los numerales 11.33 a 11.75 de la Cláusula 11 por parte del Proveedor respecto de la Orden de Compra, la Entidad Compradora deberá adelantar el procedimiento establecido en la ley para la declaratoria del incumplimiento, la cuantificación de los perjuicios del mismo, y para hacer efectiva las multas establecidas en la Cláusula 19 e imponer la cláusula penal señalada en la Cláusula 20."*

Así mismo en el acuerdo marco se menciona:

***Cláusula 19 Multas y Sanciones***

*(…)*

*19.3 Multas competencia de las Entidades Compradoras*

*Las Entidades Compradoras podrán imponer al Proveedor multas de hasta el 10% del valor de la Orden de Compra, cuando el Proveedor incumpla alguna de las obligaciones del Acuerdo Marco contenidas en la Cláusula 11 Obligaciones de los Proveedores, en los numerales 11.33 al 11.75.*

*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 Instrumento de Agregación de Demanda 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 Instrumento de Agregación de Demanda y de las Órdenes de Compra.*

Que, de acuerdo con lo expuesto, este despacho es competente para atendiendo al principio de legalidad, decidir el trámite sancionatorio y, de ser procedente, declarar el incumplimiento, imponer la multa pactada en el acuerdo marco de precios y afectar la póliza que fue otorgada para respaldar la ejecución de la orden de compra, en observancia de los preceptos constitucionales y legales dispuestos para el efecto.

## 2. IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO

| **DATOS GENERALES** | |
|---|---|
| **Contrato No.** | 547 de 2020/orden de compra No. 61377 de 2020 |
| **Clase de Contrato:** | Contrato de prestación de servicios |
| **Contratante:** | Superintendencia Nacional de Salud |
| **NIT del contratante:** | 860.062.187- 4 |
| **Objeto:** | "Prestar los servicios de BPO-mesa de servicio para la SNS, bajo el Acuerdo Marco de Precios que se encuentre vigente" |
| **CONDICIONES INICIALES** | |
| **Valor del Contrato:** | El valor del contrato fue por la suma de **MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTITRES PESOS CON SETENTA Y OCHO CENTAVOS M/CTE ($1.662.167.923,78)** incluido IVA y todos los impuestos, costos directos e indirectos a los que haya lugar, con aprobación de vigencias futuras No. 85220 del 04 de noviembre de |

| | |
|---|---|
| | 2020, discriminados de la siguiente manera:<br><br>**VIGENCIA 2020:** Hasta un valor de **TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON ONCE CENTAVOS M/CTE ($39.814.232,11) INCLUIDO IVA**, y todos los costos directos e indirectos, tasas y contribuciones a que haya lugar.<br><br>**VIGENCIA 2021:** Hasta un valor de **MIL TREINTA MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON CINCO CENTAVOS M/CTE ($1.030.291.556,05) INCLUIDO IVA**, y todos los costos directos e indirectos, tasas y contribuciones a que haya lugar.<br><br>**VIGENCIA 2022:** Hasta un valor de **QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SESENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS M/CTE ($592.062.135,61) INCLUIDO IVA**, y todos los costos directos e indirectos, tasas y contribuciones a que haya lugar.<br><br>Que se realizó una liberación de **TREINTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS CON ONCE CENTAVOS ($36.361.089,11),** valor no ejecutado en la vigencia 2020, a través del formato de modificación de orden de compra ID 21149 de fecha 09 de febrero de 2021<br><br>Que por las razones anteriores el valor total del Contrato 547 de 2020/Orden de compra No. 61377 de 2020 es por la suma de **MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE ($1.625.806.834,67)** |
| **Valores pagados** | $460.037.663 (corte 01 de marzo de 2022) |
| **Plazo de Ejecución:** | El plazo de ejecución del contrato será el período comprendido desde la fecha de suscripción del acta de inicio y hasta el 31 de julio de 2022. |
| **Supervisión del contrato.** | La supervisión la realizará el Subdirector de Tecnología de la Información |
| **Fecha Designación del Supervisor:** | Comunicación mediante memorando No. 202082100173343 del 16 de diciembre de 2020 dirigido a la Ingeniera Olga Lucia Morales Nova como Coordinadora del Grupo de Infraestructura y Soporte de T.I |
| **Fecha de Inicio:** | Acta de inicio suscrita el 16 de diciembre de 2020 |
| **Fecha de Terminación:** | Hasta 31 de julio de 2022 |

## 3. IDENTIFICACION DEL CONTRATISTA

| | |
|---|---|
| **Contratista:** | Indra Colombia S.A.S. |
| **NIT:** | 830.013.774-1 |
| **Representante Legal:** | Williams Alexander Breto Martínez |

| | |
|---|---|
| | Miguel Fernando Jaimes Abaunza |
| **Dirección de Notificación:** | Calle 93 No. 16-25<br>jfquintero@indracompany.com |
| **Teléfono de Notificación** | 6463600 / 3143607503 |
| **Apoderado** | José Luis Benavides Russi<br>Poder otorgado el 24 de septiembre de 2021 |

## 4. IDENTIFICACION DEL GARANTE

| | |
|---|---|
| **Tipo de Garantía:** | Contrato de Seguro - Póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales Decreto 1082 de 2015 |
| **Número de la Garantía:** | 2410 |
| **Garante:** | AXA Colpatria Seguros S.A. |
| **NIT del Garante:** | 860.002.184-6 |
| **Dirección de Notificación:** | CARRERA 7º No. 24-89 PISO 7º |
| **Apoderado** | Víctor Andrés Gómez Henao<br>Poder otorgado el 9 de septiembre de 2021 |

## 5. IDENTIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS OTORGADAS

**Póliza de Seguro de Cumplimiento Estatal.**

| | |
|---|---|
| **Fecha de Expedición** | 14 de diciembre de 2020 |
| **Tomador** | INDRA COLOMBIA S.A.S |
| **Asegurado** | Superintendencia Nacional de Salud |
| **Beneficiario** | Superintendencia Nacional de Salud |
| **Fecha de Aprobación de la Garantía por la Entidad Estatal:** | 15 de diciembre de 2020 a través de memorando No. 202082100171753 |

La póliza identificada previamente detenta los siguientes amparos:

| Amparo | Vigencia desde | Vigencia hasta | Suma Asegurada |
|---|---|---|---|
| **Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales** | 10 de diciembre de 2020 | 31 de julio de 2025 | $166.216.792 |
| **Cumplimiento del contrato** | 10 de diciembre de 2020 | 31 de enero de 2023 | $249.325.189 |
| **Calidad del servicio** | 10 de diciembre de 2020 | 31 de enero de 2023 | $166.216.792 |

## 6. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA ACTUACIÓN

El plazo inicial de ejecución del contrato, de conformidad con la Orden de compra No. 61377 de 2020 se extendía desde la suscripción del acta de inicio, esto es, 16 de diciembre de 2020 y hasta el 31 de julio de 2022 previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

Mediante memorando NURC No. 202115000108103 del 11 de agosto de 2021 el Jefe de la Oficina de Tecnologías de la Información, cargo que ocupaba antes de la expedición del Decreto No. 1080 de 2021, ahora Subdirector de Tecnologías de la Información, en su calidad de supervisor del Contrato de Prestación de Servicios No,

547 de 2020 /Orden de compra No. 61377 de 2020, solicitó se diera inicio al trámite administrativo contractual sancionatorio de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a fin de establecer el presunto incumplimiento del contrato en mención, se impusiera la multa establecida en el acuerdo marco de precios de mesa de servicios No. CCE-183-AMP-2020, presentando para el efecto informe de supervisión donde manifiesta la falta de aprovisionamiento de dos (2) perfiles requeridos en la Orden de compra No. 61377 de 2020.

En virtud del informe presentado por la supervisión del contrato, la Ordenación del Gasto encontró mérito para adelantar la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por lo que procedió a citar al Contratista y al Garante (artículo 1075 y 1076 del Código de Comercio), en virtud del contrato mediante oficios NURC No. 202182101197301 y 202182101197311 del 18 de agosto de 2021 respectivamente, de conformidad con lo establecido en el literal a) de la citada disposición.

En consideración a lo anterior, en las instalaciones de la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaria General, en su calidad de ordenadora del gasto instaló el 9 de septiembre de 2021 formalmente la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por el presunto incumplimiento del Contrato de Prestación de servicios No. 547 de 2020/ Orden de compra No.61377 de 2020.

Los cargos formulados y la relación de hechos que constituyen el incumplimiento que da origen a la presente actuación administrativa sancionatoria se realizará en el presente acto administrativo, en síntesis, en el entendido que el detalle de estos, obran en el informe mencionado y en la citación que se hizo llegar a las partes interesadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, documentos que hacen parte integral del presente acto administrativo.

## 7. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

La audiencia de que trata el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se desarrolló de conformidad con lo establecido en el Decreto 537 de 2020 como consecuencia del Estado de emergencia declarado a través de Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.

Al respecto, el **artículo 35 de la Ley 1437 de 2011** del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala:

> *"**ARTÍCULO 35. TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN Y AUDIENCIAS.** Los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en este Código o la ley.*
>
> *Cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito, y por medio electrónico sólo cuando lo autoricen este Código o la ley, debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio del derecho de defensa.*
>
> *(...) De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella."*

Por su parte, el Decreto 537 del 12 de abril de 2020 estableció:

> *"**Artículo 1. Audiencias públicas.** Para evitar contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento individual, durante la vigencia de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias públicas que deban realizarse (...) podrán desarrollarse a través medios electrónicos, (...).*
>
> *La entidad estatal deberá indicar y garantizar los medios electrónicos y de*

*comunicación que serán utilizados, así como los mecanismos que empleará para el registro de toda la información generada, conforme al cronograma establecido en el procedimiento.*

*En todo caso, debe garantizarse el procedimiento de intervención de los interesados (...),*

*(...)"*

En consecuencia, y atendiendo los lineamientos normativos citados, se desarrolló la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a través del aplicativo tecnológico dispuesto por la Superintendencia Nacional de Salud, TEAMS

El desarrollo de la audiencia se llevó a cabo en las siguientes sesiones:

**i)** 9 de septiembre de 2021, a través de la plataforma unificada de comunicación y colaboración TEAMS, por medio de la cual la Secretaria General presentó las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, enunció las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que de ello podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, así mismo se escucharon los descargos del apoderado del contratista**.** A través de correo electrónico de fecha 24 de septiembre de 2021 el CONTRATISTA informa que revoca el poder al doctor Jaime Eduardo Chaves Villada, cuyo objeto era la representación de INDRA COLOMBIA S.A.S., en el procedimiento sancionatorio y otorga poder especial al doctor José Luis Benavides Russi, para que los represente en el procedimiento sancionatorio relacionado con el Contrato de Prestación de servicios No. 547/Orden de compra No. 61377 de 2020, adjuntando para el efecto poder especial.

**ii)** 12 de octubre de 2021, a través de la plataforma unificada de comunicación y colaboración TEAMS, la doctora Ginna Fernanda Rojas Puertas, en calidad de ordenadora del gasto y Secretaria General, manifiesta su posible impedimento para continuar con el proceso administrativo sancionatorio, expresando que tiene una amistad entrañable con el apoderado del CONTRATISTA el doctor José Luis Benavides Russi. A fin de resolver el posible impedimento, la audiencia se suspende hasta tanto el Superintendente Nacional de Salud resuelva.

**iii)** 16 de noviembre de 2021, a través de la plataforma unificada de comunicación y colaboración TEAMS, se reanuda la audiencia y se da lectura a la Resolución No. 2021162000013709-6 del 26 de octubre de 2021, por medio de la cual se acepta el impedimento manifestado por la doctora **GINNA FERNANDA ROJAS PUERTAS** en su calidad de Secretaria General de la Superintendencia Nacional de Salud, exclusivamente para el asunto relacionado con el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y se designa como Secretario General ad hoc de la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca, cite, desarrolle la audiencia, decida sobre la imposición o no de multa, sanción o declaratoria de incumplimiento y en general adelante las actuaciones tendientes a desarrollar hasta su culminación el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por la ejecución del Contrato No. 547 del 2020/Orden de Compra 61377 de 2020, al funcionario **ANDRÉS EVELIO MORA CALVACHE**, titular del empleo de Superintendente Delegado para Investigaciones Administrativas de la Superintendencia Nacional de Salud.

Reanudada la audiencia y establecido el titular de la competencia, en la diligencia fueron escuchados los descargos del GARANTE a través de su apoderado, así como descargos adicionales del apoderado del CONTRATISTA.

**iv)** 16 de diciembre de 2021, a través de la plataforma unificada de comunicación y

colaboración TEAMS, se da lectura al Auto No. 1 "*Por el cual se decreta una prueba de oficio y se decide sobre las pruebas solicitadas en virtud del proceso administrativo de presunto incumplimiento que se adelanta*".

**v)** 13 de enero de 2022, a través de la plataforma unificada de comunicación y colaboración TEAMS, se llevó a cabo el desarrollo de las pruebas testimoniales decretadas en el Auto No. 1 y el apoderado del contratista presenta descargos adicionales.

**vi)** 28 de febrero de 2022 a través de la plataforma unificada de comunicación y colaboración TEAMS, se da lectura al Auto No. 2 "*Por el cual se decide sobre las pruebas solicitadas en virtud del proceso administrativo de presunto incumplimiento que se adelanta"* y se escuchan descargos adicionales presentados por el apoderado del contratista.

**vii)** 10 de mayo de 2022 a través de la plataforma unificada de comunicación y colaboración TEAMS, por medio de la cual se da lectura al Auto No. 3 "*Por el cual se decide sobre las pruebas solicitadas en virtud del proceso administrativo de presunto incumplimiento que se adelanta".*

## 8. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Es de señalar que en desarrollo de la actuación administrativa sancionatoria adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud, se observó el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en virtud del cual, se le garantizó al Contratista y a su garante el derecho de ejercer -en sede administrativa- el derecho a la defensa y contradicción, para que rindieran sus descargos y presentaran las pruebas que quisieran hacer valer con el fin de desvirtuar la ocurrencia de los hechos constitutivos del presunto incumplimiento o de su imputabilidad a la Superintendencia.

De esta forma, el comportamiento de la Superintendencia en el ejercicio de la actuación administrativa sancionatoria contractual está guiada por el debido proceso establecido de manera especial para el trámite contractual por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, siguiendo la directriz señalada por la Constitución Política y por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que le autoriza a declarar el incumplimiento e imponer multas incluidas en el contrato, previo agotamiento de un proceso en el que se le dé la oportunidad al contratista y al garante de expresar su punto de vista y explicar los motivos del presunto incumplimiento, con el fin de garantizar el derecho de defensa y contradicción.

**ANÁLISIS FRENTE A CADA UNA DE LAS OBLIGACIONES VULNERADAS:**

De conformidad con la información expuesta por el supervisor, detallada en el informe de supervisión trasladado al contratista y su garante con la citación a audiencia de posible incumplimiento, se pone en conocimiento del contratista y del garante lo manifestado por los supervisores del contrato sobre un presunto incumplimiento de las obligaciones enunciadas a continuación:

**Imputación Jurídica:** Norma(s) vulnerada(s)

- **Obligación No. 11.37 del Acuerdo Marco de Precios No. CCE-183-AMP-2020:** "*Contar durante toda la vigencia del Acuerdo Marco con la capacidad de proveer el Servicio requerido en el segmento en el que fue adjudicado."*

**Imputación Fáctica:**

El informe de supervisión menciona que, a la fecha de presentación de este, el contratista no ha suministrado hojas de vida de profesionales con los cuales cubrir las obligaciones adquiridas relacionadas con el profesional certificado como Microsoft en Sistema Operativo de Red y el profesional para Directorio Activo, pues a pesar de que el contratista ha presentado los candidatos para el cumplimiento de este perfil, los mismos no cumplen con los requisitos mínimos exigidos en el acuerdo marco, el proceso contractual y la orden de compra.

De conformidad con la manifestación del supervisor en su informe, el presunto incumplimiento ha generado atención tardía de los temas de redes y directorio activo, con presencia de cuatro (4) caídas de la red de datos, lo que ha generado que la resolución de las fallas haya tomado varios días de al menos cuatro (4) profesionales de la OTI; se ha generado represamiento de la emisión de paz y salvos al no contar con el profesional a cargo de los backups (Profesional Directorio Activo); se ha presentado Gestión atrasada de cuentas del Directorio Activo debido al ingreso y salida de funcionarios y contratistas propio de los meses de enero 2021 y diciembre de 2020; atención tardía de temas de soporte especialmente los asociados a acceso al Gestor Documental de la Entidad “SuperArgo” a través del Directorio Activo.

**Imputación Jurídica:** Norma(s) vulnerada(s)

- **Obligación No. 11.45 del Acuerdo Marco de Precios No. CCE-183-AMP-2020:** “*Responder a los reclamos, consultas y/o solicitudes de las Entidades Compradoras eficaz y oportunamente, de acuerdo con lo establecido en el presente documento”*

**Imputación Fáctica:**

Menciona el informe de supervisión que el supervisor mediante correos electrónicos le ha solicitado a Indra Colombia SAS el cumplimiento de los perfiles y a pesar del llamado, el contratista no ha cumplido con la entrega del personal requerido relacionado con el profesional en redes y el profesional de Directorio Activo.

**Imputación Jurídica:** Norma(s) vulnerada(s)

- **Obligación No. 11.48 del Acuerdo Marco de Precios No. CCE-183-AMP-2020:** “*Cumplir con los plazos establecidos en el Acuerdo Marco y los Documentos del Proceso”*.
- **Anexo técnico:** “*El proveedor de conformidad con lo establecido en el documento “Fichas Técnicas – ANS del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicios (página 3)” se compromete a entregar los servicios de Mesa de servicio que involucran el recurso humano dentro de los términos allí establecidos”*

**Imputación Fáctica:**

Dentro del informe de supervisión se menciona que las fechas previstas para el personal por parte del contratista son las siguientes:

| | |
|---|---|
| **Tiempos de aprovisionamiento** | Los Servicios de Mesa que involucren recurso humano deben ser aprovisionados de acuerdo a los tiempos establecidos a continuación (Tabla 1): |

| Tipo de perfil | De 1 a 50 Agentes | Más de 50 Agentes |
|---|---|---|
| Perfil general | 10 días hábiles | 20 días hábiles |
| Perfil técnico | 15 días hábiles | 25 días hábiles |
| Perfil profesional | 20 días hábiles | 30 días hábiles |
| Perfil especializado, experto, gerente, coordinador, gestor | 25 días hábiles | 40 días hábiles |

A la fecha de presentación del informe, el contratista no ha suministrado hojas de vida de profesionales con los cuales cubrir las obligaciones adquiridas relacionadas con el profesional certificado como Microsoft en Sistema Operativo de Red y lo mismo ocurre con el profesional para Directorio Activo, pues a pesar de que el contratista ha presentado los candidatos para el cumplimiento de este perfil, los mismos no cumplen con los requisitos mínimos exigidos en el acuerdo marco, el proceso contractual y la orden de compra.

## 9. DESCARGOS DEL CONTRATISTA Y DEL GARANTE

**DESCARGOS DEL CONTRATISTA**

El contratista y su apoderado, Doctor Jaime Eduardo Chaves Villada, presentaron los siguientes descargos:

### I. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

En la citación remitida por la entidad, así como en el informe del supervisor se advierte un presunto incumplimiento de la empresa INDRA COLOMBIA S.A.S., en adelante El Contratista, de las siguientes obligaciones:

*"Numeral 11.37. Contar durante toda la vigencia del Acuerdo Marco con la capacidad de proveer el Servicio requerido en el segmento en el que fue adjudicado."*

*"Numeral 11.45. Responder a los reclamos, consultas y/o solicitudes de las Entidades Compradoras eficaz y oportunamente, de acuerdo con lo establecido en el presente documento."*

*"Numeral 11.48. Cumplir con los plazos establecidos en el Acuerdo Marco y los Documentos del Proceso." Anexo técnico: El proveedor de conformidad con lo establecido en el documento "Fichas Técnicas – ANS del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicios (página 3)" se compromete a entregar los servicios de Mesa de servicio que involucran el recurso humano dentro de los términos allí establecidos"*

Lo anterior por cuenta de la no disponibilidad de los siguientes perfiles:

- Profesional Especializado en Directorio Activo (Profesionales del nivel profesional especializado IT-MS-02-703-a)

En el rol de este profesional se destaca que deberá acreditar, por solicitud de la Superintendencia de Salud la Certificación Microsoft en Sistema Operativo de Red.

- IT-MS-02-217-a (Profesional Especializado en Redes requiere certificación CCNP Security)

En el rol de este profesional se destaca que deberá acreditar, por solicitud de la Superintendencia de Salud la Certificación CISCO CCNP.

Al respecto es necesario advertir en primer lugar, que el Profesional Especializado IT-MS-02-217-a, ya se encuentra en ejercicio de sus funciones y ha quedado a disposición de la entidad desde el 16 de agosto del presente año. En consecuencia, el contratista no puede ser multado pues ya ha ejecutado la obligación pendiente, así haya estado en situación de incumplimiento pues se ha allanado a las exigencias de la administración, dando cumplimiento pleno y adecuado a lo pactado. Así ha sido reconocido por la doctrina especializada.

En segundo lugar, es preciso poner de presente que tal como se evidencia en el numeral 6 de la citación a la audiencia, los hechos a que hacemos referencia y sobre los cuales se basa el Supervisor del Contrato para emitir su informe, comprenden el periodo entre los días 25 de enero y 6 de agosto de 2021.

En este contexto me permito sustentar las razones que han imposibilitado de manera absoluta poner a disposición de la entidad los perfiles antes señalados dentro del lapso de tiempo en cuestión:

Claramente la presentación de la oferta dentro del proceso adelantado por Colombia Compra Eficiente para elegir los proveedores del Estado para tener a disposición una “Mesa de Servicio”, es vinculante y obliga al contratista.

Pero también es claro que dicho mandato no es absoluto, puesto que las obligaciones que las partes contraen dentro de un Contrato Estatal como en el que nos encontramos, tienen dos límites, la prevalencia del interés general (Artículo 1 Constitución Política) y las condiciones propias del mercado, pertinentes a la ejecución del objeto del contrato celebrado.

En el presente caso no estamos en discusión del primer escenario, puesto que en manera alguna vemos afectación del interés general que se materializa en la ejecución de potestades excepcionales reguladas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1.993.

Nuestro escenario se encuentra en el marco de un requerimiento meramente conminatorio que busca esclarecer los motivos por los cuales el contratista no ha logrado disponer de los profesionales en los términos ***literales*** que estableció el Acuerdo Marco de Precios y que por expresa remisión del mismo, le corresponde al usuario final (En este caso la Superintendencia de Salud) adelantar los procedimientos pertinentes de conformidad con el numeral 19.3 del Acuerdo Marco 183-2020.

En este contexto es preciso indicar que la no disponibilidad de los perfiles por parte del Contratista (IT-MS-02-703-a y IT-MS-02-217-a) dentro del período que comprende el informe de supervisión, lejos de responder a conductas negligentes, se fundamenta en una imposibilidad tangible de conseguir en el mercado los profesionales requeridos con las características técnicas que fueron exigidas por la Superintendencia de Salud, específicamente las certificaciones que deben acompañar los estudios profesionales.

En efecto**, tal como se viene advirtiendo a la entidad desde enero** del año en curso, pese a intentar diligentemente por todas las vías y mecanismos obtener los perfiles con las características exigidas, ha sido una tarea de imposible cumplimiento y así se ha puesto de presente tanto en reuniones como comunicados. A continuación, nos permitimos enunciar sólo algunos de ellos:

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

● Comunicado del 5 de marzo de 2021. Asunto: "informe de supervisión 2":

Sea lo primero, reiterar nuestra disposición de cumplir con las obligaciones adquiridas en el Acuerdo Marco de precios para la prestación de Mesa de Servicio N° CCE-183-AMP-2020, y en la orden de compra No. 61377.

En virtud del informe de supervisión No. 2 correspondiente a la orden de compra No. 61377, nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

Compartimos la información contenida en el mismo, sobre el avance y ejecución del contrato, excepto lo que tiene que ver con lo mencionado en los numerales 11.33,11.3, 11.48, 11.52 y numeral 4, respecto de los perfiles.

Lo anterior, teniendo en cuenta que INDRA COLOMBIA S.A.S., ha realizado su máximo esfuerzo para la consecución de los perfiles *Agente de Mesa de Servicios Nivel 1, Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Especializado en Directorio Activo y Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Especializado en Redes,* y, para ofrecer soluciones con la finalidad de no afectar el servicio, tal como se informó en reunión sostenida el pasado 9 de febrero de 2021 *-Modelo de servicio Redes, Comunicaciones Unificadas, Directorio activo-*, y en reunión celebrada el 18 de febrero de 2021 *-Una mirada a nuestra mesa de servicio-*.

● Comunicado del 5 de marzo de 2021, Asunto: Solicitud modificación orden de compra.

Con todo lo anterior, es nuestro interés dejar evidenciada la ardua gestión adelantada por INDRA COLOMBIA S.A.S. para la consecución de los perfiles profesional y especializados requeridos en la ficha técnica del proceso adjudicado, incluyendo las diferentes certificaciones solicitadas, y, mostrar que en cuanto a la descripción de los *perfiles Agente de Mesa de Servicios Nivel 1, Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Especializado en Directorio Activo y Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Especializado en Redes,* estamos frente a una situación que se ha tornado de imposible consecución.

3. **Solicitud modificación de la orden de compra**: En virtud de lo expuesto y con el objetivo de cumplir nuestro propósito de brindar un servicio de calidad y continuar la ejecución contractual, solicitamos a la Entidad se modifique la orden de compra en el sentido de realizar los ajustes necesarios sobre la descripción de los perfiles, teniendo en cuenta la realidad, información y evidencias expuestas, o considerar que las funciones o actividades de los perfiles

● Comunicado del 17 de marzo de 2021, Asunto: Respuesta radicado No. 202140000276541 del 8 de marzo de 2021 y radicado No 202115200300491 del 11 de marzo de 2021.

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

Con arreglo a lo anterior, se evidencia que para los perfiles exigidos para "*Agente de Mesa de Servicios Nivel 1, Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Especializado en Directorio Activo y Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Especializado en Redes*", existe una seria dificultad en encontrar profesionales con múltiples certificaciones enfocadas tanto al área técnica, como al área de administración tecnológica.

En ese sentido, ha sido certificado por empresas especializadas en reclutamiento y selección de personal, así:

BaytonGroup

Bogotá, 15 de marzo 2021

Señores:
INDRA COLOMBIA LTDA
Atn Sr Carlos Niño
Ciudad

REF: Búsqueda y selección para cargos especializados.

Queremos informarles que analizamos aproximadamente 70 hojas de vida para cada uno de los cargos requeridos y no contamos con los perfiles que necesitan, debido a que no cumplen al 100% de los requisitos solicitados.

Cargos solicitados:
- Especialista Comunicaciones Unificadas
- Especialista Directorio Activo
- Especialista Redes

GERENTE BAYTON GROUP
**BAYTON SERVICIOS COLOMBIA S.A.S**
**NIT. 900.933.895-3**

HAYS Recruiting experts worldwide

**DECLARACIÓN**

A quien pueda interesar, declaramos a partir de la búsqueda que hicimos para las posiciones abajo listadas, de acuerdo con los perfiles compartidos por INDRA, que no contamos con candidatos que se ajusten 100% al perfil, dado el condicionamiento en términos de años y de experiencias posteriores a certificaciones y estudios.

- Especialista de comunicaciones unificadas;
- Especialista directorio activo; y
- Especialista en redes.

En constancia de lo anterior, se firma en Bogotá D.C. a los quince (15) días del mes de marzo del año 2021.

**Gloria Esperanza Varela Daza**
HAYS COLOMBIA SAS

● Comunicado del 30 de marzo de 2021. Asunto: Respuesta y precisiones sobre comunicaciones remitidas por correo electrónico de fecha 18/03/2021, 19/03/2021 y 23/03/2021.

Como se ha indicado en diferentes oportunidades, tanto en las reuniones sostenidas -del 18/01/2021, 09/02/2021, 15/03/2021 y 18/03/2021- , y en el comunicado remitido el 17 de marzo de 2021, se reitera que para los perfiles exigidos, para *"Agente de Mesa de Servicios Nivel 1, Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Especializado en Directorio Activo y Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Especializado en Redes"*, existe una seria dificultad en encontrar profesionales con múltiples certificaciones enfocadas simultáneamente tanto al área técnica, como al área de administración tecnológica.

Todos los comunicados antes mencionados fueron reiterados en las respuestas que se remitieron a la entidad con ocasión del informe de supervisión que dio lugar a la liquidación de ANS (con fecha 19 y 26 de mayo y 15 de junio de 2021.)

Es preciso evidenciar entonces que el contratista no sólo ha obrado con absoluta diligencia, sino que en diferentes ocasiones desde el inicio del contrato, se advirtió a la entidad de las dificultades que se presentaban para conseguir los perfiles solicitados sin que a la fecha haya sido posible concertar una solución en beneficio de la entidad.

Por parte del contratista es clara la actuación bajo los postulados de la buena fe contractual objetiva, que conforme lo ha señalado el Consejo de Estado: *"consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción*

*depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia" (Subrayas fuera de texto)*

No obstante, pese a actuar al amparo de la ley y el contrato, la situación se ha tornado imposible sin que por parte de la entidad se hayan tomado medidas para resolver o aclarar la forma en la cual puede el contratista satisfacer el requisito sin afectar sus cometidos. No debe perderse de vista que por principio general de derecho nadie está obligado a lo imposible y así lo ha sostenido la Jurisprudencia, por lo que en el caso concreto la vía para conminar al cumplimiento no es precisamente un procedimiento sancionatorio sino una medida efectiva que permita tanto al contratista cumplir, como al contratante obtener el servicio deseado. Así se ha pronunciado el Consejo de Estado:

*"Es un principio general de derecho que nadie está obligado a lo imposible. Aquí se demostró que el contratista se vio en la imposibilidad de cumplir y que lo advirtió a su contratante, sin que esta adoptara las medidas necesarias para evitar la paralización del servicio, sino casi un mes y medio después de ocurrida esa situación, lo cual no puede de dejarse de calificarse"*

Ahora bien, la imposibilidad no sólo se ha manifestado al no encontrar perfiles en el mercado actualmente, sino en que tampoco será posible en un futuro encontrarlos pues para el caso concreto del perfil de Directorio Activo se requiere una Certificación Microsoft en Sistema Operativo de Red que ya no existe en el mercado y que así puede ser corroborado tanto en la página web en el siguiente link, como por diferentes proveedores:

https://docs.microsoft.com/en-us/learn/certifications/posts/mcsa-mcsd-mcse-certifications-retire-with-continued-investment-to-role-based-certifications

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

Manuel Perez <comercialcol@eysglobal.com>
RE: Certificación (Microsoft) en Sistemas Operativos de Red - Supersalud
Para Cortes De Santiago, Cesar
Seguimiento. Completada el lunes, 30 de agosto de 2021.

Confirmo que la pre – venta me indica que esa certificación ya fue retirada y no tiene remplazo los nuevos cursos de server no tienen examen de certificación asociada.

MCSA: Windows Server 2016

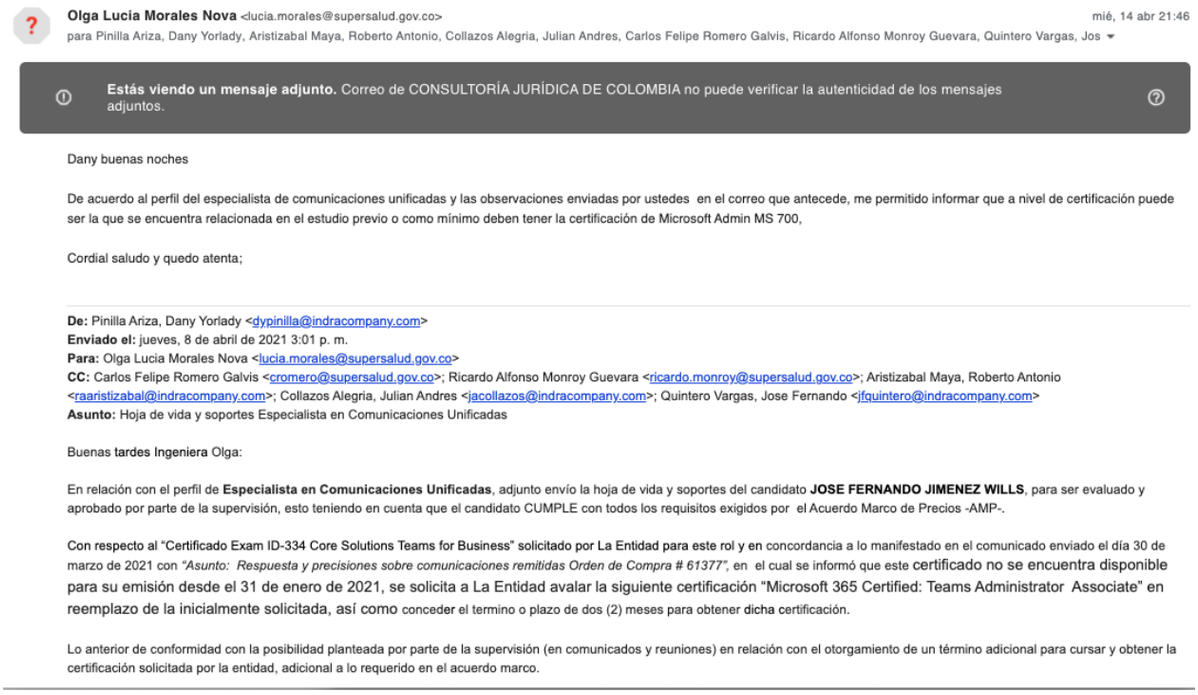
Quedo atento a tus comentarios.

Cordialmente,

E&S Engineering & Services
Training, Consulting and Engineering Services

Manuel L. Pérez M.
*Business Development Manager*
+571 3782992 +57 310 2071045
Carrera 70H-116-55 - **Bogotá, Colombia**
www.eysglobal.com comercialcol@eysglobal.com
live:.cid.fa73a23298b04912

Es preciso señalar en este punto, que está misma situación se presentó para el perfil especialista en Comunicaciones unificadas y la supervisora del contrato mediante correo electrónico avaló la presentación de una certificación diferente, así consta:



**Olga Lucia Morales Nova** <lucia.morales@supersalud.gov.co> mié, 14 abr 21:46
para Pinilla Ariza, Dany Yorlady, Aristizabal Maya, Roberto Antonio, Collazos Alegria, Julian Andres, Carlos Felipe Romero Galvis, Ricardo Alfonso Monroy Guevara, Quintero Vargas, Jos

**Estás viendo un mensaje adjunto.** Correo de CONSULTORÍA JURÍDICA DE COLOMBIA no puede verificar la autenticidad de los mensajes adjuntos.

Dany buenas noches

De acuerdo al perfil del especialista de comunicaciones unificadas y las observaciones enviadas por ustedes en el correo que antecede, me permitido informar que a nivel de certificación puede ser la que se encuentra relacionada en el estudio previo o como mínimo deben tener la certificación de Microsoft Admin MS 700,

Cordial saludo y quedo atenta;

**De:** Pinilla Ariza, Dany Yorlady <dypinilla@indracompany.com>
**Enviado el:** jueves, 8 de abril de 2021 3:01 p. m.
**Para:** Olga Lucia Morales Nova <lucia.morales@supersalud.gov.co>
**CC:** Carlos Felipe Romero Galvis <cromero@supersalud.gov.co>; Ricardo Alfonso Monroy Guevara <ricardo.monroy@supersalud.gov.co>; Aristizabal Maya, Roberto Antonio <raaristizabal@indracompany.com>; Collazos Alegria, Julian Andres <jacollazos@indracompany.com>; Quintero Vargas, Jose Fernando <jfquintero@indracompany.com>
**Asunto:** Hoja de vida y soportes Especialista en Comunicaciones Unificadas

Buenas tardes Ingeniera Olga:

En relación con el perfil de **Especialista en Comunicaciones Unificadas**, adjunto envío la hoja de vida y soportes del candidato **JOSE FERNANDO JIMENEZ WILLS**, para ser evaluado y aprobado por parte de la supervisión, esto teniendo en cuenta que el candidato CUMPLE con todos los requisitos exigidos por el Acuerdo Marco de Precios -AMP-.

Con respecto al "Certificado Exam ID-334 Core Solutions Teams for Business" solicitado por La Entidad para este rol y en concordancia a lo manifestado en el comunicado enviado el día 30 de marzo de 2021 con *"Asunto: Respuesta y precisiones sobre comunicaciones remitidas Orden de Compra # 61377"*, en el cual se informó que este certificado no se encuentra disponible para su emisión desde el 31 de enero de 2021, se solicita a La Entidad avalar la siguiente certificación "Microsoft 365 Certified: Teams Administrator Associate" en reemplazo de la inicialmente solicitada, así como conceder el termino o plazo de dos (2) meses para obtener dicha certificación.

Lo anterior de conformidad con la posibilidad planteada por parte de la supervisión (en comunicados y reuniones) en relación con el otorgamiento de un término adicional para cursar y obtener la certificación solicitada por la entidad, adicional a lo requerido en el acuerdo marco.

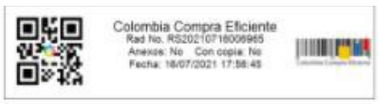
En esa medida, no es comprensible por qué para la presentación de los demás perfiles cuyas certificaciones poseen problemas similares, la entidad no se ha pronunciado al respecto y en su defecto opta por iniciar procedimiento sancionatorio.

Todas las evidencias antes expuestas sustentan con suficiencia que la conducta del Contratista no deriva de la negligencia o de la abstención de ejecutar actividades que persigan el cumplimiento de la obligación. Desde luego no es este el escenario de un incumplimiento contractual, ni la hipótesis en la cual el contratista omite su obligación y requiere ser conminado para que de cabal cumplimiento a su negocio jurídico, todo lo contrario, en el hipotético caso en que se llegara a decretar una multa en la presente audiencia, al otro día, necesitaría la entidad volvernos a citar, puesto que las

condiciones de mercado se mantienen y se seguirá en el mismo supuesto, cuestión que a todas luces avisora un inocuo procedimiento para la imposición de un apremio que conlleve el cumplimiento de la obligación.
Finalmente, se pone de presente que incluso, Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado frente a nuestra solicitud de modificación del Acuerdo Marco de Precios y ha manifestado que se encuentra adelantando la gestión correspondiente para que dichos perfiles cambien, puesto que ha identificado la imposibilidad de sus proveedores de satisfacer esos requerimientos que se tornan incoherentes con la realidad profesional de expertos solicitados.

Así se puede evidenciar en las siguientes comunicaciones:

● Respuesta del 16 de julio de 2021


Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20210716009965
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 16/07/2021 17:58:45

Bogotá, 16 julio de 2021

Doctora
**Miguel Fernando Jaimes**
Representante legal INDRA COLOMBIA SA
Calle 96, 13-11
Bogotá, Colombia

Asunto: Respuesta a Radicado P20210621005397

De manera atenta me permito informar que Colombia Compra Eficiente se encuentra trabajando en la recolección de toda la información técnica necesaria para realizar la modificación de las fichas técnicas. Una vez que se determine la viabilidad de realizar dicha modificación, les estaremos informado a ustedes, al igual que a los demás proveedores de acuerdo.

Cordial saludo,

● Respuesta del 26 de agosto de 2021

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

**De:** Sergio Andrés Peña Aristizábal <sergio.pena@colombiacompra.gov.co>
**Enviado el:** jueves, 26 de agosto de 2021 7:50 p. m.
**Para:** Esquivia Hoyos, Maria Jose <mjesquivia@indracompany.com>; Felipe Hernandez Cardenas <felipe.hernandez@colombiacompra.gov.co>
**CC:** Andrés Ricardo Mancipe González <andres.mancipe@colombiacompra.gov.co>
**Asunto:** RE: Solicitud de modificación al anexo técnico (fichas técnicas) – Perfiles del AMP No. CCE-183-AMP-2020

Estimados,

Nos encontramos finalizando el trámite interno para enviar la modificación propuesta a observaciones de los proveedores. Esperamos estar enviando dicho documento antes del final de la semana.

Cordialmente,

Colombia Compra Eficiente
La compra pública en colombia es **fácil, ágil y segura**

**Sergio Andrés Peña /** Subdirección de Negocios
Tel. (+57 1) 7956600 Ext. 6634
Cel. (+57) 3003620174
Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia
**Agencia Nacional de Contratación Pública - COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**
www.colombiacompra.gov.co

Por razones obvias, las modificaciones que se realizan al Acuerdo Marco de Precios se sustentan en las condiciones actuales del mercado, las cuales no permiten la consolidación de los perfiles solicitados en las especificaciones técnicas del Acuerdo.

**II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ANS Y DIFERENCIA CON LAS MULTAS**

Previo a entrar en el análisis concreto del informe del supervisor, que de antemano debo advertir se torna irregular, ambiguo, confuso, incompleto, conducente a error y a interpretaciones equívocas, configurando las conductas que tipifica el numeral 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1.993, me permito exponer conceptos de vital importancia para la edificación de los argumentos que se explican en el presente texto así:

a) Qué son Niveles de Servicios

Los Acuerdos de Niveles de Servicios, corresponden a una figura propia de los contratos de prestación de servicios que se enmarcan en el concepto de los "descuentos comerciales" que realiza el contratista sobre la facturación de los valores causados, ellos se miden de conformidad con unos estándares de calidad previamente acordados, donde se logra evidenciar unos topes/límites máximos/mínimos dentro de los cuales se cumple el servicio prestado.

En la Revista de Investigación publicada por el Instituto de Altos Estudios del Ministerio Público, así los definía:

*"Los ANS son una útil herramienta contractual que permite establecer una "medida de calidad" con la cual se facilita a las partes de un contrato determinar el grado de satisfacción en el cumplimiento de las prestaciones contratadas. Aun cuando la figura en la práctica suele ser muy común en los contratos de outsourcing o en general de prestación de servicios4, es importante resaltar que no se limita al área contractual (González, 2015). En esa medida, los niveles de servicio pueden ser también un medio para evaluar el desempeño de un área empresarial y así implantar objetivos internos que, independientemente del efecto que pueda tener su no cumplimiento, es fundamental para la gestión de un área de servicio (Croxatto, 2005)*

*(…)*

En otro aparte:

*Ahora bien, desde el punto de vista contractual y en lo referente a los descuentos por incumplimientos, los valores disminuidos por parte del contratante tienen el tratamiento de descuentos en la facturación previamente conciliada por las partes,*

*concibiendo así un procedimiento que necesariamente garantice el derecho de audiencia y de defensa para el contratista, quien deberá justificar de forma motivada las fallas existentes en sus servicios y, en los casos que sea procedente, la justificación para lograr una exoneración en la responsabilidad.*

*Lo anterior, sin perder de vista los efectos tributarios que generan los ANS, puesto que en ningún caso se podrán entender como sanción, si no, como lo hemos mencionado, como descuentos comerciales en la facturación, lo cual encuentra sustento jurídico en la regulación contemplada por el artículo 454 del Estatuto Tributario bajo los siguientes términos:*

"**Artículo 454.** Los descuentos efectivos no integran la base gravable. No forman parte de la base gravable los descuentos efectivos que consten en la factura o documento equivalente, siempre y cuando no estén sujetos a ninguna condición y resulten normales según la costumbre comercial...".

*En conclusión, se pueden considerar los ANS como el mecanismo que facilita tanto al contratante como al prestador del servicio (contratista) una satisfacción en las prestaciones contratadas y correlativamente una oportunidad de mejora para el servicio prestado, generando para el primero la posibilidad de realizar descuentos en la facturación en los casos que se genere una transgresión a las fórmulas técnicas pactadas, mientras que para el segundo se traducen en una medición objetiva de su servicio, que correlativamente abre la oportunidad para mejorarlo y corregir las fallas imputables a su actividad."*

Bajo este contexto los ANS, son las reglas establecidas por las partes para determinar la calidad del servicio prestado, para el caso específico de la contratación de perfiles requeridos para atender el contrato, se estableció en el documento "Fichas Técnicas – ANS", la siguiente tipología:

Nombre: Tiempo asignación de un perfil contratado.
Descripción: Tiempo que tarda el Proveedor en asignar un perfil contratado para atender a la Entidad Compradora. El tiempo de atención incluye el tiempo que contratado en desplazarse y estar disponible en el sitio en que la Entidad Compradora lo requiere o el tiempo que tarda el perfil contratado en estar disponible de forma virtual (esta opción sólo aplica para servicios en modalidad remota) para atender los requerimientos de la Entidad Compradora.
Medición: Tiempo asignación de un perfil contratado, de acuerdo con lo definido en las condiciones transversales, en la característica "tiempos de aprovisionamiento", Tabla 1: Tiempos de aprovisionamiento para personal. Penalidad por no conformidad-modalidad compensación sin costo adicional, de acuerdo con la unidad de facturación que haya escogido la entidad.

La entidad escoge como modalidad de compensación el tiempo de servicio adicional sin costo para la entidad. Sólo ante circunstancia inesperada o de fuerza mayor, podrá el proveedor solicitar el cambio de modalidad ante la Supersalud para que se opte por descuento en la facturación mensual y la Supersalud determinará si acepta o no el cambio de modalidad.

Penalidad:
Retraso 1 día hábil: ORO: 40 horas / 4 días adicionales del perfil contratado para la prestación del servicio. factura del mes.

Retraso 2 días hábiles: ORO: 80 horas / 8 días adicionales del perfil contratado para la prestación del servicio. ORO: Descuento del 20% del servicio en la factura del mes.
Retraso 3 o más días hábiles: ORO: 160 horas / 16 días adicionales del perfil contratado para la prestación del servicio ORO: Descuento del 25% del servicio en la factura del mes.

Como se puede ver, las partes acordaron niveles de servicios bajo el concepto de medición de "calidad", creando para ello una metodología técnica y financiera que permite descontar mensualmente el valor correspondiente al tipo de clasificación que tenga el contratista, para el presente caso ORO.

En ese sentido, en comunicación denominada: "Informe para la liquidación del Acuerdo de Niveles de Servicios (ANS)", la Oficina de Tecnologías de la Información de la entidad contratante aseveró lo siguiente:

> Los ANS como mecanismo de concertación formal entre INDRA Colombia S.A.S y la Superintendencia Nacional de Salud, fija los términos de calidad del servicio en los aspectos de oportunidad, disponibilidad de los agentes, calidad, así como los criterios de evaluación y aplicación para cada uno de los servicios contratados en los términos establecidos en el contrato marco y en el acta de inicio del Contrato suscrita por las partes.

(Resaltado en amarillo fuera del texto original).

En este aparte la entidad deja claro que entiende los ANS en los mismos términos que hemos explicado y que permite atenderlos como unos descuentos comerciales por la prestación del servicio en unos niveles que no permiten la facturación plena, puesto que el servicio se ha prestado, pero no en los niveles que la entidad contratante y el contratista han considerado como máximos.

En el mismo sentido la comunicación en referencia advierte:

> Así las cosas, las partes han optado por el descuento en la facturación mensual Caso en el cual la penalización quedaría de la siguiente manera:

**Tabla 5** *Valoración monetaria por el no cumplimiento en la disposición de los ítems profesional y especializados de la Orden de Compra No. 61377*

| Contrato | Enero | Febrero | Marzo | Abril | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| Contrato 547 de 2021 | 33.367.097 | 36.605.957 | 44.991.448 | 37.927.497 | 152.892.000 |
| 25% del servicio del mes | 8.341.774 | 9.151.489 | 11.247.862 | 9.481.874 | 38.223.000 |

> **Conclusión:** En cualquier caso, el cumplimiento de la anterior penalización es a corte de 30 de abril de 2021, y no es óbice para continuar aplicando los ANS de seguir persistiendo el incumplimiento

(

Resaltado en amarillo fuera del texto original)

Como puede observarse, la conclusión de la Oficina de Sistemas claramente advierte sobre la aplicación periódica de ANS, por el incumplimiento del nivel óptimo del servicio, causado claro está por la no disponibilidad de las personas contratadas para esos efectos.

Correlativo con ello, en documentos RAD No.: 202115000911361 y correo electrónico del 24 de agosto de 2021, se manifestó lo siguiente:

RAD No.: 202115000911361

Así las cosas y conforme con los procedimientos indicados en la Superintendencia respetuosamente solicitamos a INDRA Colombia S.A.S. remitir la factura por un valor de TREINTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS ($ 37.927.497) por concepto de servicios efectivamente prestados durante el mes de abril, así como la respectiva nota crédito por valor de VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS ($ 27.518.683,29) por concepto de penalidad por no cumplimiento del ANS 7definido en la ficha técnica del AMP N° CCE-183-AMP-2020.

Atentamente,

Firmado electrónicamente por:
Luis Carlos Ovalle Acosta

**Nombre del remitente**
**Cargo del remitente**

**Elaboró:** Luis Carlos Ovalle Acosta
**Copia.:**

Correo electrónico del 24 de agosto de 2021

**De:** Carlos Felipe Romero Galvis <cromero@supersalud.gov.co>
**Enviado el:** martes, 24 de agosto de 2021 10:16 a. m.
**Para:** Pinilla Ariza, Dany Yorlady <dypinilla@indracompany.com>
**CC:** Aristizabal Maya, Roberto Antonio <raaristizabal@indracompany.com>; Luis Carlos Ovalle Acosta <luis.ovalle@supersalud.gov.co>; Claudia Constanza Cleves Reinoso <CCleves@supersalud.gov.co>
**Asunto:** RE: Proyección Facturación MAYO 2021

Cordial saludo,

Debido a la necesidad de tramitar la factura correspondiente al mes de mayo, se aprueba presentar factura por valor de $39.897.667,98, a lo cual se solicita descontar el valor correspondiente a la aplicación del ANS 7 por valor de: $6.879.670,82

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

**Calculo de la penalidad por ANS 7**

| Servicio | Cantidad | Valor unitario | Mayo |
|---|---|---|---|
| Agente de Mesa de Servicios Nivel 1 Mensual Mayor o igual a 6 meses | 1 | 7.015.825,53 | 7.015.825,53 |
| Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Mensual Mayor o igual a 6 meses | 2 | 10.251.428,88 | 20.502.857,76 |
| | | **Total mensual** | **27.518.683,29** |
| | | **25% de descuento en el servicio** | **6.879.670,82** |

Agradecemos esta factura este disponible a más tardar el día de mañana 25 de agosto.

Como se puede evidenciar, nuestro entendimiento de los Acuerdos de Niveles de Servicio es el mismo frente a lo aplicado y regulado por la entidad contratista y por Colombia Compra Eficiente, ya que se puede advertir:

- Corresponden a instrumentos para medir la calidad del servicio.
- Su procedimiento para hacerlos aplicables recae en la presentación de informes mensuales y su correlativa conciliación para definirlos.
- Su penalización cuenta con una metodología para el cálculo del valor a descontar en la facturación.
- Con fundamento en la “Nota” incluida en el Anexo de ANS, la entidad contratista puede escoger entre descuento en facturación o mayor tiempo de servicio adicional para compensar la afectación del servicio.
- La Superintendencia de Salud, para la facturación entre enero y mayo del presente año, ha optado por solicitar al contratista descuentos en valores dentro de la facturación, penalizando el 25% del descuento en el servicio.

b) Qué son las Multas

De manera contraria a los niveles del servicio, las “Multas” en los contratos estatales, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado6 tienen por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración.

En este mismo sentido, tienen unas particularidades que las alejan sustantivamente de los descuentos comerciales antes tratados, considerando lo siguiente:

- Tienen la vocación de conminar al contratista al cumplimiento de la obligación contractual desatendida que genera perjuicios a la entidad contratante.
- Buscan resarcir el daño causado por el contratista, al punto de ser obligatorio en el procedimiento administrativo tasar el perjuicio.
- No se traducen en un descuento en la facturación, sino que castiga todo el valor facturado, generando una carga tributaria adicional al contratista que la asume.
- Su procedimiento para declararla es una actuación administrativa especial regulada por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, donde incluso se cita al garante del contrato.
- Solo pueden ser decretadas en el plazo de ejecución del contrato.

Conforme a lo anterior, resulta indiscutible la imposibilidad de equiparar los ANS a las multas, pero entre sus diferencias, principalmente resalto la necesaria tasación del

perjuicio en el contexto de la multa, que de la mano llevará la identificación del daño que sufre la entidad por el incumplimiento contractual, cuestión bien diferente con los ANS, puesto que en estos; daño no existe, perjuicio mucho menos, lo que existe es una prestación del servicio en niveles menores a los deseados, razón por la cual el contratista realiza un descuento comercial en la factura asumiendo la calidad de su servicio.

**III. CASO CONCRETO – OPOSICIÓN AL INFORME DE SUPERVISIÓN**

En el presente documento me permito explicar las razones por las cuales el informe de supervisión presentado por el funcionario Luis Carlos Ovalle, Jefe de Oficina de Tecnologías de la Información, en calidad de Supervisor del Contrato No. 537 de 2020, Orden de Compra 61377 es un documento que no tiene posibilidad o vocación de generar la imposición de una multa ya que confunde sustancialmente los conceptos de incumplimiento contractual con la medición del servicio a través de los “Acuerdos de Niveles de Servicio”.

En efecto, como antes se advirtió, los ANS están encaminados a la medición de la calidad del servicio, por ello, se estableció en el Acuerdo Marco de Precios las tipificaciones precisas que regularían los descuentos comerciales para que el contratista de manera precisa lograra medir el cumplimiento de sus metas, es más, en caso de no generarse una entera satisfacción de la calidad, los acuerdos de niveles en cuestión permitieron una opción clara para la Superintendencia de Salud, esto es, la opción de obtener un descuento en la facturación o solicitar mayor tiempo en el servicio sin costo alguno.

Bajo este entendido, el informe de supervisión invoca el incumplimiento de las obligaciones: *“11.37, 11.45, 11.48, y el Anexo Técnico: El proveedor de conformidad con lo establecido en el documento “Fichas Técnicas – ANS del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicios (página 3)”,* por la no presencia de los dos especialistas referentes al Especialista en Directorio Activo y Especialista en Redes, lo cual es equivocado ya que el alcance de las obligaciones expuestas dentro del Acuerdo Marco de Precios va mucho más allá de la vinculación de estás personas para la mesa de servicio.

En efecto, el objeto mismo de la prestación del servicio se compone no sólo de la puesta a disposición de profesionales sino también de una serie de actividades e ítems que se han venido ejecutado a satisfacción a lo largo del contrato y que han permitido atender la necesidad de la entidad sin perjuicio de los perfiles que no se han puesto a disposición por factores que exceden el marco de actuación del contratista.

Aunado a ello, desconoce el Supervisor que las obligaciones referidas en torno y bajo el contexto de la disponibilidad de estos recursos humanos, tienen su propia forma de penalizarse y de incentivar al contratista para la mejora en la calidad del servicio prestado.

Claramente, la obligación de contar con la disponibilidad de los profesionales bajo estudio, hace parte de la forma como el Acuerdo Marco mide los niveles de servicio, por ende, se escapan del ámbito de una penalización sustentada en una multa, puesto que implicaría ello castigar al contratista de manera doble por los mismos hechos, hipótesis proscrita en nuestro ordenamiento jurídico con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que todos muy bien conocen que ha sido extendido por la Jurisprudencia Constitucional a todos los ámbitos sancionatorios.

En efecto, en el marco del *non bis in ídem*, no es posible realizar doble juzgamiento por los mismos hechos. En el caso concreto de manera clara la entidad realizó

descuentos comerciales importantes por la indisponibilidad de los especialistas en cuestión y sin perjuicio de ello, decide iniciar procedimiento sancionatorio para penalizar los mismos hechos que ya fueron calificados bajo las herramientas contractuales previstas para ello.

Lo anterior necesariamente conduce a una inexistencia de perjuicio para la entidad contratante, puesto que del mismo informe de supervisión se advierte que la entidad opto por pedir al contratista una disminución en su facturación mensual, tal como se advierte a continuación:

**Conforme el posible incumplimiento la Entidad aplicó el ANS de la siguiente manera:**
La aplicación del ANS se realizó mediante evaluación y presentación al contratista del informe el 19/05/2021, correspondiente a los meses de: enero, febrero, marzo y abril de 2021, a lo cual se obtuvo respuesta el 15 de junio de 2021, en el cual presenta observaciones sobre la liquidación de la penalización y acepta el cobro de la penalidad mediante el descuento establecido para el servicio en la factura del mes de abril de 2021.

En la factura correspondiente al mes de abril de 2021, se descontó el valor de **VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS ($27.518.683,29).**

La Entidad confirmó a la firma contratista la aplicación del ANS mediante radicado No. 202115000911361 y procedió a iniciar trámite de liquidación de la factura correspondiente. Se adjuntaron al informe de supervisión soporte de esta citación, los documentos que dan cuenta de dicho proceso.

En lo que respecta a los meses de mayo, junio y julio de 2021, los ANS se encuentran en proceso de liquidación.

A todas luces se advierte que el contratista ha sido penalizado mensualmente por la indisponibilidad de los dos perfiles objeto de estudio en el presente procedimiento sancionatorio, sin que ello haya cambiado, puesto que, en la última facturación autorizada por la entidad, se ha vuelto a penalizar los valores pagados correspondiente al mes de mayo en el siguiente sentido:

**De:** Carlos Felipe Romero Galvis <cromero@supersalud.gov.co>
**Enviado el:** martes, 24 de agosto de 2021 10:16 a. m.
**Para:** Pinilla Ariza, Dany Yorlady <dypinilla@indracompany.com>
**CC:** Aristizabal Maya, Roberto Antonio <raaristizabal@indracompany.com>; Luis Carlos Ovalle Acosta <luis.ovalle@supersalud.gov.co>; Claudia Constanza Cleves Reinoso <CCleves@supersalud.gov.co>
**Asunto:** RE: Proyección Facturación MAYO 2021

Cordial saludo,

Debido a la necesidad de tramitar la factura correspondiente al mes de mayo, se aprueba presentar factura por valor de $39.897.667,98, a lo cual se solicita descontar el valor correspondiente a la aplicación del ANS 7 por valor de: $6.879.670,82

| Descripción | Cantidad | Valor unitario | Valor bruto mayo |
|---|---|---|---|
| mst02--1 - IT-MS-01-19-a-Agente de Mesa de Servicios Nivel 1 Mensual Mayor o igual a 6 meses_Remoto (instalaciones del Proveedor)_General Jornada Ordinaria Oro - 1 Mensual | 1 | 3.418.410,00 | 3.418.410 |
| mst02--48 - IT-MS-01-1-a-Agente de Mesa de Servicios Nivel 1 Mensual Mayor o igual a 6 meses_En sitio (Instalaciones de la Entidad) - zona 1_General - zona 1 Jornada Ordinaria-Oro - 7 Mensual | 7 | 3.258.928,53 | 22.812.500 |
| mst02--46 - IT-MS-07-3417-a-Ticket Gestionado Por Ticket (2000 o más) Mayor o igual a 6 meses_Zona 1_Jornada Ordinaria-Oro - 3540 Por Ticket (2000 o más) | 941 | 3.466,57 | 3.262.042 |
| mst02--49 - REP-01-Repuestos | 1 | 4.034.500,00 | 4.034.500 |
| **Subtotal antes de IVA** | | | **33.527.452** |
| **IVA** | | | **6.370.216** |
| **Valor total** | | | **39.897.667,98** |

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

**Calculo de la penalidad por ANS 7**

| Servicio | Cantidad | Valor unitario | Mayo |
|---|---|---|---|
| Agente de Mesa de Servicios Nivel 1 Mensual Mayor o igual a 6 meses | 1 | 7.015.825,53 | 7.015.825,53 |
| Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Mensual Mayor o igual a 6 meses | 2 | 10.251.428,88 | 20.502.857,76 |
| | | **Total mensual** | **27.518.683,29** |
| | | **25% de descuento en el servicio** | **6.879.670,82** |

Agradecemos esta factura este disponible a más tardar el día de mañana 25 de agosto.

Por tal razón, en el actual momento los meses correspondientes a enero, febrero, marzo, abril y mayo, han reportado un valor de $34.398.354 a favor de la Superintendencia de Salud, sumado a ello, debe también reconocerse que el valor aquí mencionado se ha calculado sobre los servicios efectivamente prestados, puesto que el contratista no ha cobrado valor alguno por los perfiles correspondientes al Experto en Directorio Activo y Experto en Redes, generando por ende un mayor valor a favor de la entidad contratante.

Ahora bien, debemos señalar que la justificación de la tasación de la multa realizada por el Supervisor del Contrato es irrisoria y se sustenta en situaciones como la siguientes:

- Sostiene el Supervisor (Página 12-13 del informe):

Gestión atrasada de cuentas del Directorio Activo debido al ingreso y salida de funcionarios y contratistas propio de los meses de enero 2021 y diciembre de 2020. Los meses mencionados son típicamente meses picos en la gestión de cuentas del directorio activo y ante la ausencia del recurso humano solicitado a Indra Colombia SAS, la OTI recurrió a dar permiso de gestión de cuentas a dos técnicos de su planta con la finalidad de atender la gestión de cuentas.

Atención tardía de temas de soporte especialmente los asociados a acceso al Gestor Documental de la Entidad "SuperArgo" a través del Directorio Activo. A mediados de enero se evidenció un problema con el directorio activo que llevó a que el Gestor Documental de la entidad se autenticara contra el mismo en lugar de la autenticación que requiere la entidad y que es la autenticación a través de su Directorio Activo, al no contar con el especialista la OTI gastó casi un mes en solucionar los problemas de replicación que tuvieron sus

diferentes Controladores de Dominio y que a su vez llevaron a inactivar la autenticación contra el Active Directory AD. Se tuvieron situaciones tan críticas por esta falla del AD que se presentó falla de varios controladores de dominio en enero del 2021.

Lo anterior por nombrar sólo los eventos con mayor afectación ante la ausencia de los perfiles Profesionales que debería proveer el Contratista Indra Colombia SAS.

El argumento presentado por el Supervisor para cuantificar la multa debe ser absolutamente desestimado, puesto que advierte una necesidad de personal en los meses de diciembre y enero, olvidando que los perfiles fueron exigibles desde el día 26 de enero, ello quiere decir que de los meses en que prescindió de los Expertos en Directorio Activo y Redes, tan solo son cuatro días en los que no estuvieron.

Por el contrario, lo que se advierte del informe del Supervisor es una falta de planeación en la contratación del servicio, puesto que, si la necesidad más fehaciente era respaldar las necesidades de diciembre de 2020 y enero de 2021, bajo el conocimiento de los días para tener la disponibilidad del equipo de trabajo, la entidad debió realizar la contratación mínimo en los primeros días de noviembre de 2020.

- El supervisor advierte que el contratista se encuentra en mora de la obligación en los siguientes términos:

Página 9 de la citación

*En la siguiente tabla la Supersalud relaciona los posibles incumplimientos actuales del Contratista Indra Colombia SAS con respecto a la Orden de Compra No.61377 de diciembre de 2020* (Contrato de Prestación de Servicios No. 547 de 2020) *suscrita a través de Colombia Compra Eficiente:*

| *Artículos y/u obligaciones* | *Valor de ítem* | *Incumplimiento* |
|---|---|---|
| *Proveer el servicio de mesa de servicio (Rec. Humano) Código IT-MS-02-703-a que corresponde a un (1) Profesional Especializado en Directorio Activo - zona 1 Jornada Ordinaria.* | *$12.204.082 valor mensual ofertado por la disponibilidad del recurso.* | *El Agente No ha sido vinculado a Supersalud y debió ser provisto a la entidad el 26/01/2021 – 176 días de incumplimiento.* |
| *Proveer el servicio de mesa de servicio (Rec. Humano) Código: IT-MS-02-217-a que corresponde a un (1) Profesional Especializado en Redes - zona 1 Jornada Ordinaria.* | *$12.204.082 valor mensual ofertado por la disponibilidad del recurso.* | *El Agente No ha sido vinculado a Supersalud y debió ser provisto a la entidad el 26/01/2021 – 176 días de incumplimiento.* |

Página 14 de la citación

Como quiera que el acta de inicio se suscribió el pasado 16 de diciembre de 2020, el término máximo para proveer los profesionales especializados códigos IT-MS-02-703-a y IT-MS-02-217-a era el día 25 de enero de 2021, teniendo en cuenta esta última fecha se cuenta los días de mora en el cumplimiento de la obligación, es decir, al día de la remisión del presente informe (6 de agosto) se tiene un retraso de 193 días.

Manifiestamente se advierte una total imprecisión en las fechas y días contabilizados, el funcionario Supervisor del Contrato no tiene certeza de los tiempos que se deben contabilizar sobre el posible incumplimiento. Yerro sustancial, puesto que si ello no fue preciso en el informe que presentó ante la entidad, mucho menos lo será para la tasación de la multa.

Por último, debo advertir que el Supervisor desconoce totalmente la regulación contractual para la tasación de la multa puesto que solicita la aplicación del 10% sobre el valor del contrato, sustentado en que no existe una fracción por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación, así lo expresa:

> De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 19.3, el porcentaje que pueden imponer las Entidades compradoras por concepto de Multas es hasta el 10% del valor del contrato, en ese sentido, y como quiera que no existe una fracción por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación, se dará aplicación al 10% del valor total del contrato, esto es, la suma de **CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE ($162.580.683,46)**.

Pero a renglón seguido, crea una regla para establecer que la tasación se debe calcular con un 0,5% del valor del contrato por cada día de retraso, de donde calcula que el valor diario es de $8.129.034 y lo multiplica por 193 días (días que como ya anoté no tiene claro al advertir en otro apartado que son 176), teniendo como resultado un total de $1.568.903.562, lo cual en su consideración no es aplicable por sobrepasar el 10% del total del contrato. Razonamiento totalmente contradictorio, irreal, ilegal y arbitrario, así lo estimó:

> En atención a la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, La Entidad tomó como referencia el porcentaje que aplica en su actividad contractual en caso de presentarse retardo en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del CONTRATISTA, el cual, previo agotamiento del procedimiento establecido en el Art.86 de la Ley 1474 de 2011, la imposición de multas equivale al 0.5% del valor del contrato, por cada día de atraso en el cumplimiento de sus obligaciones, sin que el valor total de la multa supere el 10% del valor total del contrato, lo cual que entre otras cosas, se alinea con lo dispuesto por Colombia Compra Eficiente en la cláusula 19.3 del Acuerdo Marco en lo que respecta al límite de la sanción.
>
> En el caso puntual, al tener en consideración el valor total del Contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020 - *Orden de Compra No. 61377 de diciembre de 2020*, esto es, la suma de $1.625.806.834,67, dada la reducción efectuada de los recursos no ejecutados vigencia 2020, se tiene que el valor diario corresponde a la suma $8.129.034, y que en razón a los días transcurridos desde que finalizó el plazo para proveer los profesionales mencionados hasta el 6 de agosto de 2021, equivale a 193 días, para lo cual el valor asciende a **MIL QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS ($1.568.903.562),** suma que al sobrepasar el 10% del valor total del Contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020 - *Orden de Compra No. 61377 de diciembre de 2020*, se reduce a este mismo porcentaje, es decir, el valor tasado por concepto de multas corresponde a **CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE ($162.580.683,47)**

Como puede advertirse, no es posible en el actual momento imponer una multa a la empresa Indra Colombia S.A.S., habida cuenta de identificar a todas luces la diligencia y gestión que ha realizado para cumplir con sus obligaciones contractuales a cabalidad. Buscando que la calidad del servicio contratado sea óptima y así lograr facturar el 100% del servicio prestado, ya que en el actual momento se encuentra penalizado en un 25% del total del valor a que tendría oportunidad de acceder.

Por otro lado, debe aclararse que la Supervisión del Contrato, no logra acreditar una estimación razonada y fundamentada de la multa, ello sencillamente porque no hay lugar a ella, ya que la obligación que nos convoca es de aquellas que se encuentran supeditadas a la medición del servicio y no de aquellas que afectan la satisfacción de la necesidad que orientó la presente contratación.

No debe perder de vista la entidad que es responsabilidad suya cuando inicia un procedimiento sancionatorio, no sólo atender la carga probatoria que le asiste sino también realizar juicios de valor objetivos que le permitan con argumentos fácticos y jurídicos establecer en el marco de la proporcionalidad, las razones y los valores que dan lugar a la imposición de la multa. Al respecto el Consejo de Estado estableció en sentencia de noviembre 13 de 2008 Exp 17009:

*"(...) Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general. (...)"*

De allí, se deriva que la imposición de cualquier mecanismo invocado en el marco de un procedimiento sancionatorio deba tener una relación jurídico- fáctica y además goce de proporcionalidad. Como se expuso anteriormente resulta desafortunada la forma en la cual el supervisor del contrato de manera aleatoria y caprichosa alude un incumplimiento sin fundamento objetivo y tasa el mismo desproporcionada e injustificadamente, desconociendo que incluso dicho acto por ser parte del ámbito sancionatorio debe ceñirse de manera estricta a lo pactado, lo contenido en la Ley y a los principios que rigen la actuación.

**IV. SOLICITUD DE PRUEBAS POR PARTE DEL CONTRATISTA Y SU APODERADO**

Con fundamento en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concreto en su literal b), respetuosamente me permito solicitar se practiquen y se integren al expediente del presente procedimiento las siguientes pruebas:

**1. Documentales:**

Todos aquellos que nos permitimos adjuntar al presente escrito.

**2. Testimoniales:**

- Solicito se llame como testigo a la Ingeniera Dany Yorlady Pinilla Ariza, identificada con cédula No. 52.205.573, quien podrá ser contactada en el siguiente correo electrónico: dypinilla@indracompany.com y en el celular: 3185145771.

La ingeniera Pinilla en su calidad de Gerente del Proyecto, dará testimonio sobre los hechos en que sustentamos la defensa y podrá manifestarse sobre los hechos narrados por el supervisor.

- Solicito se llame como testigo al ingeniero José Fernando Jiménez Wills, identificado con cédula de ciudadanía No. 79240468. Quien podrá ser contactado en el celular 3147365501 y en el correo electrónico: jfjimenez@indracompany.com

El ingeniero Jiménez como Especialista en comunicaciones unificadas podrá dar fe de la naturaleza que tienen las certificaciones solicitadas por la entidad, la incoherencia de ellas para las funciones que requiere el cargo, los procedimientos que se debe cumplir para obtener las certificaciones Microsoft.

- Solicito se llame como testigo al ingeniero Darwin Ernesto Bejarano Portes, identificado con cédula de ciudadanía No. 80169029, quien podrá ser contactado en el numero celular 3014589775 y en el correo electrónico: debejarano@indracompany.com

El ingeniero Bejarano contratado por INDRA para el rol de Especialista en Directorio Activo, podrá dar fe de los procedimientos que se requieren para cumplir con este perfil, los costos que ello conlleva, el tiempo, la complejidad para obtener la certificación y la existencia de esta.

- Solicito se llame como testigo al ingeniero Fernando Linares Castro, identificado con cédula No. 12129602, quien podrá ser contactado en el número celular 3002161411 y en el correo electrónico: flinares@indracompany.com

El ingeniero Linares como especialista en redes, podrá dar fe de la complejidad para obtener la certificación requerida por la entidad contratante, los procesos para obtener la certificación y el perfil que, de cumplimiento a los requerimientos solicitados por las especificaciones técnicas, los tiempos y costos de la misma.

- Solicito se llame como testigo a Paola Huertas, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.383.683, quien podrá ser contactada en el celular número 316 3024047.

La señora Huertas en representación de la empresa Head Hunter Bayton, podrá dar fe de todos los procedimientos adelantados por esa firma como contratista de INDRA COLOMBIA S.A.S., para buscar las personas que cumplan con los roles objeto de controversia en el presente procedimiento sancionatorio.

- Solicito se llame en calidad de Testigo Especializado a la Doctora Katherine Ramos, Psicóloga de la Universidad Javeriana, experta en talento humano y actualmente Jefe de la oficina de Talento Humano de INDRA COLOMBIA S.A.S., para que en su calidad de experta en el manejo y administración de perfiles profesionales, rinda concepto especializado sobre los roles que son objeto de controversia en el presente procedimiento sancionatorio. En este contexto la Doctora Ramos explicará la complejidad de encontrar los perfiles requeridos por el Acuerdo Marco, la incoherencia que ellos generan dentro del mercado laboral por las grandes diferencias que se advierten entre las experiencias y las certificaciones solicitadas.

Adicionalmente, la Doctora Ramos rendirá testimonio sobre las actuaciones internas y externas realizadas por la compañía INDRA COLOMBIA S.A.S., de cara al cumplimiento de las obligaciones contractuales del Acuerdo Marco de Precios.

- Solicito se llame como testigo a la señora Martha Liliana Sanabria Melo. Quien podrá ser contactada al correo electrónico martha.sanabria@hays.com.co

La señora Sanabria rendirá testimonio sobre las gestiones que como contratista ha realizado a fin de lograr cumplir los requisitos establecidos por el Acuerdo Marco de Precios en torno al objeto de debate en el presente procedimiento sancionatorio.

**3. De Oficio**

- Solicito se oficie a la entidad Colombia Compra Eficiente para que se pronuncie en el siguiente sentido:

o Manifieste si las obligaciones objeto del presente procedimiento sancionatorio han sido cumplidas a entera satisfacción por los demás proveedores del Acuerdo Marco de Precios.
o Manifieste si en el actual momento se está realizando tramite de modificación del Acuerdo Marco de Precios, cuáles son los motivos que llevan a dicho trámite si es pertinente.

**El contratista y su apoderado, Doctor José Fernando Russi, presentaron los siguientes descargos el 16 de noviembre de 2021:**

**1. PROVISIÓN DEL PERFIL ESPECIALISTA EN REDES**

El actual procedimiento sancionatorio se fundamenta en la falta de provisión de dos profesionales por parte de INDRA (p. 7 de la citación a audiencia):

- Profesional Especializado en Directorio Activo
- Profesional Especializado en Redes

Con posterioridad a la citación a la Audiencia de incumplimiento, el 2º profesional se encuentra en funciones desde el 16/08/2021 (ver p. 2 Descargos), situación ratificada por los correos cruzados con la Supervisión del contrato (ver enlace a Anexo 1).

En atención al carácter conminatorio de la multa contractual (Ley 1150/2007, art. 17), y siguiendo prescripción explícita de la regulación del proceso sancionatorio contractual, resulta pertinente "dar por terminado el procedimiento" con relación a este reproche, al constatar "la cesación de situación de incumplimiento" (Ley 1474/2011, art. 86,d)).

## 2. PROVISIÓN DEL PERFIL ESPECIALISTA EN DIRECTORIO ACTIVO

Con relación al único perfil faltante, el informe de supervisión, a la base del procedimiento sancionatorio, relacionó entre los candidatos presentados por INDRA al ingeniero Darwin Ernesto Bejarano Portes (p. 10) quien, luego de complementar las certificaciones de experiencia general, carecía solo de la certificación CCNP de Microsoft, exigida por la Superintendencia.

El Ing. Bejarano fue contratado por INDRA, pero presentó renuncia irrevocable a partir del 4 de octubre pasado. La pérdida de un colaborador cuya contratación fue tan difícil, pone de presente la dificultad de fondo para conseguir los perfiles especializados para el contrato, dificultad que se ha expuesto de manera reiterada desde su exigibilidad en el mes de enero pasado. En la entrevista de retiro, que realiza regularmente el Departamento de Recursos Humanos de INDRA a sus colaboradores que renuncian, el Ingeniero manifestó haber encontrado funciones eminentemente técnicas de su cargo, cuando el perfil exigido que lo llevó a formular su candidatura es gerencial. (Ver enlace a Anexo 3, pg. 1).

No obstante, INDRA pudo concretar después una nueva candidata, la ingeniera Claudia Yanira Jiménez Rodríguez, que envió a la Supervisión del Contrato el 15 de octubre pasado (Ver enlace a Anexo 4) y la Dirección de Recursos Humanos de INDRA certificó la disponibilidad de la Ingeniera para el cargo (Ver enlace a Anexo 4.a).

## 3. CERTIFICACIÓN CCNP DE MICROSOFT

En la medida en que el Ing. Bejarano carecía de la certificación CCNP de Microsoft, y siguiendo la sugerencia de la Supervisión, aquel adelantó el proceso de formación necesario para obtenerla. No obstante, al realizar las gestiones ante Microsoft se supo que ella fue suprimida desde el 31/01/2021, al igual que otras certificaciones de Microsoft, como se documentó en los descargos (p. 7), remitiendo la página Internet institucional de la misma Microsoft (https://docs.microsoft.com/en-us/learn/certifications/posts/mcsa-mcsd-mcse-certifications- retire-with-continued-investment-to-role-based-certifications).

INDRA informó de la situación a la Supervisión del contrato por correo del 01/10/2021, proponiendo una certificación alterna del mismo Microsoft (*Fundamentos de Azure*), como fue autorizado por la Supervisión para el caso del Especialista en Comunicaciones Unificadas. La Supervisión del contrato respondió este mensaje inmediatamente, indicando que "el tema lo está analizado el Ing. Ovalle" de la Dirección de TI de la Entidad (ver enlace a Anexo 2). La Supervisión del contrato comenzó así un proceso de validación interna para la que se ha solicitado a INDRA la justificación técnica de la pertinencia de la certificación substitutiva propuesta, lo que generó varias respuestas explicativas de INDRA, la última de las cuales data del 12 de noviembre pasado, como se aprecia en la sucesión cronológica de los distintos correos electrónicos de la carpeta en línea: Directorio Activo. Solicitud modificación

certificado Microsoft

En los descargos, INDRA desarrolló el primer argumento, sobre la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones, a partir de las condiciones del mercado, al demostrar las múltiples actividades de búsqueda de candidatos desarrolladas por el contratista, incluyendo la intervención de empresas especializadas en búsqueda y selección de talento humano (p. 5). La situación presente va más lejos, por cuanto la supresión de la certificación exigida, único requisito faltante la Ing. Claudia Yanira Jiménez Rodríguez se tornó de imposible cumplimiento.

Naturalmente, la exigencia de un requisito imposible hace inviable considerar que el contratista se encuentra en incumplimiento contractual.

**4. FACTURACIÓN CON DESCUENTOS ANS**

Siguiendo la orientación de la facturación inicial de los meses enero-abril, la Entidad realizó los descuentos por ANS en la facturación siguiente de los meses de mayo, junio, julio, presentada con posterioridad a los descargos presentados, sanciones contractuales acumuladas que limitan aún más la posibilidad de imposición de la multa objeto de este proceso, so pena de transgredir el principio de *non bis in ídem*. (Ver enlaces a Informes de descuentos ANS de enero-abril; mayo (p. 22) y junio (p 22).

**5. REVISIÓN DE LOS PERFILES DEL ACUERDO MARCO**

Las dificultades para conseguir los perfiles han motivado solicitar a Colombia Compra su revisión, al constatar que las necesidades de las Mesas de Servicios reflejan competencias técnicas, mientras los perfiles acumulan certificaciones y experiencias gerenciales, además de las técnicas, lo que no corresponde con el desarrollo profesional de los ingenieros especializados que se pueden encontrar en el mercado sectorial.

La solicitud a Colombia Compra, que fue presentada y documentada en los descargos de INDRA, fue objeto de repuesta de la Agencia el 19 de octubre pasado. La Agencia envió un borrador de modificación de las fichas técnicas de Acuerdo Marco a todos los Proveedores del mismo, con el objeto de obtener observaciones. INDRA procedió a responder con sus observaciones con correo del 26 de octubre y ha insistido para una respuesta concreta de la misma Agencia, como conclusión del procedimiento de arreglo directo que desató sobre el tema, según previsiones del Acuerdo Marco.
La comunicación de Colombia Compra es expresiva de la disponibilidad de la Agencia ante el entendimiento de la dificultad mayor que generan los requisitos cumulativos de los perfiles. La secuencia de estos correos puede verse en la carpeta en línea: Solicitud modificación Acuerdo Marco

Estos elementos situaciones sobrevinientes posteriores a la citación a audiencia, han de ser también valoradas para la decisión que adopte la Superintendencia en este proceso sancionatorio. De igual manera, resulta trascendente la certificación de la Agencia Colombia Compra sobre la modificación de los perfiles en las fichas técnicas, por lo que solicito a su despacho decretar la prueba, oficiando a la Agencia Colombia Compra para obtenerla.

<u>El contratista y su apoderado, descargos del 13 de enero de 2022:</u>

Realiza una precisión respecto de la provisión del perfil especialista director de activo mencionando que la ingeniera Claudia Jiménez, persona que se ha mencionado en descargos anteriores, obtuvo la certificación complementaria de Microsoft y fue enviada a la supervisión del contrato junto con la solicitud de la modificación de la orden de servicio desde el 24 de noviembre del 2021, pues existe una imposibilidad

de aportar la certificación Microsoft. Manifiesta que la solicitud de modificación se realiza por sugerencia de la supervisión del contrato.

Manifiesta que ha habido una continuación de la revisión de los perfiles del acuerdo marco, pues como se refleja en la recepción de los testigos existe una dificultad de exigir dos desarrollos profesionales paralelos y simultáneos y Colombia compra fue receptiva a estas observaciones y el acuerdo marco se encuentra en revisión y para ello aporta los documentos, correos electrónicos que se han intercambiado con la agencia y ponen de presente esa evolución importante frente al tema.

En cuanto a la facturación con los descuentos de ANS, ponen de presente la falencia o la ausencia del perfil que ha sido el objeto de este proceso, hasta el momento se han aplicado ANS en la facturación de enero a abril y la de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y recientemente la de noviembre, se menciona toda vez que son medidas específicas, sanciones concretamente que sean tomado por esta deficiencia o esta falta del perfil suministrado para la ejecución del contrato.

Con base al artículo 40 que menciona que "*el interesado en el proceso administrativo contara con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas y practicadas en la actuación antes de que se dicte una decisión de fondo*", es indispensable la garantía del derecho de defensa en el entendido que los interesados en el proceso administrativo tengan la posibilidad de presentar unas conclusiones generales una vez hayan sido practicadas y trasladadas todas las pruebas, a fin de presentar un balance general de lo que ha pasado concretamente

Por último, pone de presente al despacho que desde la primera fecha de la audiencia, 9 de septiembre de 2021 y los cuatro (4) meses subsiguientes, la defensa de INDRA ha puesto de presente que la certificación Microsoft exigida por la Superintendencia para el perfil directorio de activo había desaparecido, razón por la cual el incumplimiento de requisitos era absolutamente imposible de acatarlo.

El contratista y su apoderado, descargos del 28 de febrero de 2022:

En desarrollo de la presente audiencia expongo hechos sobrevinientes posteriores a los que ha dado lugar al inicio del presente procedimiento sancionatorio contractual, que resultan trascendentes para la valoración de este y sobre los cuales comedidamente solicito a su Despacho decrete las pruebas documentales que los soportan. Estos hechos y el anuncio de las correspondientes pruebas documentales han sido presentados durante la audiencia de este día.

**1. SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LA ORDEN DE COMPRA**

En complemento de las reiteradas solicitudes a la Supervisión del Contrato para validar una certificación de reemplazo de la certificación Microsoft, suprimida por la misma empresa multinacional, y la solicitud de validación de la certificación *Azure* de la misma Microsoft, en reemplazo de la anulada, para la incorporación de la Ing. CLAUDIA YANIRA JIMÉNEZ, propuesta por INDRA para el perfil faltante de *Directorio activo*, como se puso de presente y documentó durante la sesión de la Audiencia del 13/01/2021, INDRA insistió ante la Supervisión del contrato sobre su solicitud de modificación de la orden de compra mediante comunicación del 18/01/2022, con el propósito de reemplazar la certificación retirada por Microsoft por la certificación *Azure Administator Associate*, y recordó que desde tres meses atrás había presentado la candidatura de la Ing. JIMÉNEZ (ver Anexo 7).

La Supervisión del contrato, por conducto del Ing. Luis Carlos Ovalle negó esta solicitud por comunicación del 09/02/2022, considerando que: "... no es oportuno

adelantar esta gestión contractual en tanto el tema de manera específica hace parte de los hechos reprochados ...” (ver Anexo 8).

Con esta respuesta la Supervisión del Contrato ratificó su obstrucción, esta vez de manera explícita, a la posibilidad de cumplimiento de la obligación contractual por parte de INDRA, al cerrar la posibilidad de superar la fuerza mayor derivada de la supreción de la certificación Microsoft exigida en la orden de compra.

**2. INCIDENTES CONTRACTUALES DEL DIRECTORIO ACTIVO**

En contraste con la actitud de obstrucción al cumplimiento de la obligación contractual por parte de la Supervisión del mismo, descrita en el numeral anterior, INDRA ha dado fiel cumplimiento a la prescripción legal del artículo 1603 del Código Civil sobre la ejecución del contrato de buena fe, que comprende el deber de lealtad y colaboración entre las partes contratantes para la mejor ejecución posible del objeto contractual y logro de sus objetivos.

En este sentido, a pesar de la imposibilidad de cumplimiento formal de suministro del perfil de *Directorio activo* por la situación descrita en el numeral anterior, la dinámica de ejecución del contrato ha hecho necesario asegurar el servicio concernido por este perfil faltante, el que ha sido recibido por la Supervisión del contrato como *situación normal* de los servicios del contratista. Ello se hizo presente en los incidentes que se describen a continuación.

**2.1. Incidente *Google Chrome*** Mediante mensaje electrónico del 29/10/2021, el equipo de Mesa de Servicio de INDRA informó a la Superintendencia que estaba ocurriendo un evento de falla masiva en los computadores que afectaban el *Google Chrome* e impedía a los funcionarios trabajar aplicaciones web con este navegador, ante lo cual solicitaba la colaboración de la Entidad para establecer causas y solución al problema. La Ing. Morales respondió manifestando su sorpresa por la solicitud, considerando que la solución del problema era resorte de INDRA, con un plan de contingencia que debía haber sido aplicado ya, y la eventual escalación de la consulta a *Google*, también por parte de INDRA. (ver cadena de correos a partir del último. Anexo 9)

La Ing. Morales indicó a la Gerente del Proyecto de INDRA la indisponibilidad de navegador *Google Chrome* y la necesidad de solución mediante el especialista en Directorio Activo que aún no había sido provisto por INDRA. Por consiguiente, consideró necesario la intervención de uno de los especialistas de INDRA para el día siguiente, en razón de la necesidad de resolver rápidamente el tema, so pena ver colapsar la mesa de servicios por la dependencia de aplicaciones con *Google Chrome*. INDRA respondió poniendo a disposición una ingeniera (ver cadena de correos a partir del último. Anexo 10) que efectivamente aseguró el servicio al día siguiente (ver Anexo 11, con el registro de la sesión virtual *Teams*).

Los mensajes electrónicos indican la inmediata disposición de INDRA para asegurar el servicio y su prestación efectiva, pese a no tener la aceptación del perfil propuesto de Directorio activo.

**2.2. Incidente masivo *Google Chrome* enero 2022** El 30/12/2021 la Mesa de Servicio de la Superintendencia solicitó a la Ing. Morales la revisión del servidor de *Wsus* por cuanto no permitía descargar actualizaciones en algunas máquinas. La Ing. Morales le respondió recordándole que era actividad de responsabilidad del Especialista de Directorio Activo. El 20/01/2022 se requirió colaboración a la Ing. Morales para realizar una revisión con una persona de Directorio Activo de Indra con el fin de solucionar la falla, a lo cual ella respondió con su disponibilidad para apoyarla, recordando la operación normal de INDRA, por su manejo de la Mesa de Servicios. Consecuentemente, se coordinó una revisión por un especialista de INDRA

(ver cadena de mensajes electrónicos a partir del último del 20/01/2022. Anexo 12), que efectivamente se realizó (ver registro citación de reunión *Teams*. Anexo 13)

**2.3. Incidente *Wsus* fin de enero 2022** El 20/01/2022 se solicitó colaboración a la Ing. Morales para revisión con alguien de Directorio Activo de INDRA para solucionar nueva falla de las actualizaciones de equipos, por lo que se coordinaron reuniones y se agendó sesión de soporte a través de la plataforma *Teams*. (Ver cadena de mensajes electrónicos a partir del ultimo del 31/01/2022, Anexo 14)

**2.4. Incidente *Google Chrome* febrero 2022** En la mañana del 15/02/2022 se elevó solicitud de atención de la Mesa de Servicios por la *Delegatura para Investigaciones Administrativas* de la Superintendencia. Al final del día, la Ing. Olga Lucía Morales llamó la atención sobre la ausencia de asignación del *ticket* por parte de la Mesa de Servicios, ante lo cual esta se disculpó, explicando el flujo intenso de correos en el día debido a la novedad de Google Chrome y anunciando que los *tickets* ya se habían creado. Al día siguiente, la Ing. Morales preguntó a la Mesa de servicios por la posibilidad de tener sesión con el experto del directorio activo, a lo cual INDRA respondió sobre la ausencia de aprobación por parte de la Superintendencia del ingreso del ingeniero experto en Directorio Activo, pero la reiteración de la disponibilidad para su asignación en el momento que lo requiera la Superintendencia. La Ing. Morales respondió a su vez indicando que se refería a una sesión con el especialista de Directorio Activo, porque el tema se había abordado ya en tres ocasiones anteriores de esta forma, sin perjuicio de que el tema de la recepción del perfil contractual no se efectuara sino hasta que INDRA cumpliera con las condiciones de la Orden de Compra, lo que no había hecho hasta la fecha. Finalmente, el soporte del especialista se realizó. (ver cadena de correos a partir del último. Anexo 15)

Los hechos descritos en esta cadena de mensajes indican así que pese al rechazo de aprobación del perfil propuesto INDRA suministró el servicio específico del perfil para solucionar el problema, siguiendo la solicitud de la supervisión del contrato.

Anexo a este mensaje encontrará los distintos mensajes electrónicos que reposan también en el servidor de correos de la plataforma de la Superintendencia, cuya lista enumero al final de este oficio y de los cuales solicito explícitamente incorporación al proceso como medios de prueba que soportan los hechos descritos por esta defensa.

**DESCARGOS DEL GARANTE**

El apoderado del garante, Doctor Víctor Andrés Gómez Henao, presentó los siguientes descargos:

**MANIFESTACIÓN PRELIMINAR**

Desde ya rogamos a la entidad abstenerse de seguir continuando con el Procedimiento Administrativo citado, por cuanto no se advierten causales que permitan inferir la existencia de un incumplimiento en cabeza del contratista y que se traduzca en la imposición de una multa

De igual manera, la entidad con su actuar vulnera el principio de buena fe en materia contractual y pretende incurrir en un enriquecimiento injustificado.

En todo caso, de mantenerse en su posición de continuar con el Procedimiento Administrativo, es preciso indicar que la entidad tiene la carga de la prueba de acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, precisando que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento, sino de resarcimiento.

**FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA INTERVENCIÓN**

En primer lugar, es oportuno indicar que el contratista ha tenido -y tendrá- toda la disposición de cumplir con el objeto del contrato, prueba de ello ha sido su disposición de atender las citaciones remitidas por la entidad.

Aspecto muy diferente, y salta de bulto, es lo relativo a la imposibilidad de ejecución en los términos pactados, por el especialísimo perfil objeto de discusión que, de entrada, amerita que la entidad, de la mano del contratista, busquen soluciones a título de remedio contractual bajo la égida del principio de solidaridad contractual.

En todo caso, luce extraña la posición de la entidad contratante al ser excesiva en la utilización de su potestad sancionatoria.

De otra parte, mi procurada se opone a la apertura del procedimiento en cita, por la potísima razón que, a la luz del artículo 1077 del Código de Comercio, no se encuentra acreditada la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

**1. Ausencia de incumplimiento de la orden de compra por imposibilidad de ejecución que amerita una revisión de esta.**

Se duele la entidad que su contratista, en el marco de la ejecución de la orden de compra, ha incumplido con algunas obligaciones que, en aras de la claridad, se plasman a continuación:

**Acuerdo Marco de Precios** - CCENEG-023-1-2020 (Contrato CCE-183-AMP-2020).

***Cláusula 11 Obligaciones de los Proveedores Las siguientes son las obligaciones de los Proveedores derivadas del presente Acuerdo Marco:***
*Numeral 11.37. Contar durante toda la vigencia del Acuerdo Marco con la capacidad de proveer el Servicio requerido en el segmento en el que fue adjudicado."*
*"Numeral 11.45. Responder a los reclamos, consultas y/o solicitudes de las Entidades Compradoras eficaz y oportunamente, de acuerdo con lo establecido en el presente documento."*
*"Numeral 11.46. Cumplir con los plazos establecidos en el Acuerdo Marco y los Documentos del Proceso."*

*Anexo técnico: El proveedor de conformidad con lo establecido en el documento "Fichas Técnicas – ANS del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicios (página 3)" se compromete a entregar los servicios de Mesa de servicio que involucren el recurso humano dentro de los términos allí establecidos.*

Renglón seguido, aterriza al caso en concreto los supuestos incumplimientos:

| *Artículos y/u obligaciones* | *Valor de ítem* | *Incumplimiento* |
|---|---|---|
| *Proveer el servicio de mesa de servicio (Rec. Humano) Código IT-MS-02-703-a que corresponde a un (1) Profesional Especializado en Directorio Activo - zona 1 Jornada Ordinaria.* | *$12.204.082 valor mensual ofertado por la disponibilidad del recurso.* | *El Agente No ha sido vinculado a Supersalud y debió ser provisto a la entidad el 26/01/2021 – 176 días de incumplimiento.* |
| *Proveer el servicio de mesa de servicio (Rec. Humano) Código: IT-MS-02-217-a que corresponde a un (1) Profesional Especializado en Redes - zona 1 Jornada Ordinaria.* | *$12.204.082 valor mensual ofertado por la disponibilidad del recurso.* | *El Agente No ha sido vinculado a Supersalud y debió ser provisto a la entidad el 26/01/2021 – 176 días de incumplimiento.* |

Empero, a pesar de los múltiples esfuerzos del Contratista, la entidad no ha tenido en cuenta la gran dificultad en la consecución de los perfiles, aspecto que, tal y como se acredita con el mismo documental que remite la entidad en su pliego de cargos, es de conocimiento, no solo de esta, sino de la Agencia Nacional de Contratación Pública.
De igual manera, los perfiles solicitados no atienden un hecho notorio: la dinámica del mercado laboral y el alto riesgo de rotación de personal en este tipo de perfiles especializados.

En ese contexto, reza el principio fundante del derecho que "nadie está obligado a lo imposible", al paso que, la ley de orden público que regenta el contrato celebrado, manda, en forma imperativa que: "5o. En los pliegos de condiciones (...) d) **no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento**, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren"1, de suerte que, de incorporarse en el pliego o en el contrato una tal semejante obligación, la propia ley determina que: Serán **ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados2** (negrillas con subrayado ajenos al texto original).

De otra parte, en el contexto de la dificultad que concierne A LOS DOS SUJETOS CONTRACTUALES, el contrato se torna inejecutable, el menos, en lo que respecta a las actividades que se desprenden de los perfiles que hoy reclama la entidad y, al tornarse inejecutable la actividad, la jurisprudencia ha sido enfática en que, en el marco de las relaciones sinalagmáticas, opera el fenómeno jurídico de la suspensión legal, interregno en el cual, como lo ha precisado la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, deriva en la consecuencia de que se suspenden las prestaciones (sean estas de dar, hacer o no hacer) entre las partes.

En efecto, el Consejo de Estado indicó que "[l]a suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de **fuerza mayor**, caso fortuito o de interés público **impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido**"3 (negrillas con subrayado ajenos al texto original).

De tal manera que, la imposibilidad de ejecución, con fundamento en lo que tantas veces ha esbozado el Contratista a la entidad, torna inejecutable el contrato, merced a la dificultad de consecución de los perfiles, siendo un imposible jurídico exigir al Contratista el cumplimiento de sus obligaciones cuando, claramente, existe una suspensión legal que, de contera, suspende la
ejecución de las prestaciones que dependen de la actividad cuyo cumplimiento no es posible realizar.

En ese contexto, se torna inexigible la obligación.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester rememorar a la entidad que los contratos se celebran para cumplirse. Lo cual impone para AMBAS PARTES la necesidad de buscar remedios contractuales en procura de cumplir con el objeto del contrato.

Empero, en aquellas relaciones sinalagmáticas en donde no existe igualdad en el negocio jurídico, se impone el solidarismo contractual como presupuesto de solidaridad, proporcionalidad, coherencia, etc.

Al final, la función del derecho es eminentemente social, y el derecho de contratos no escapa a ello, pues debe atender realidades actuales y la posición de los contratantes.

En el contexto del solidarismo contractual, lo que se espera frente a los contratantes es que estos se comporten con una actitud de colaboración, de ayuda mutua, al margen de lo lejos que puedan estar sus intereses, en pro, precisamente, de cumplir el objeto contractual.

A partir del principio de la buena fe, el solidarismo contractual impone y desarrolla deberes secundarios de conducta en procura de proteger el extremo débil de la relación obligatoria salvaguardando los intereses de ambas partes. Es así como lucen diamantinos deberes tales como el de cooperación, de coherencia, etc.

En ese contexto, durante la ejecución del contrato, el solidarismo contractual impone una obligación activa de colaborar en la realización del mismo, aspecto que, naturalmente, no concierne solamente al contratista, pues el contratante también tiene un papel protagónico en la ejecución del contrato.

Empero, en el marco de los contratos celebrados bajo la imposición de cláusulas unilaterales (escritas por una de las partes), la desigualdad contractual que se evidencia en el poder de una de las partes de fijar unilateralmente las condiciones de ejecución del contrato, comporta -siguiendo el principio de buena fe a cargo del contratante dominante-, una obligación de renegociar el contrato marco4.

Esta obligación de renegociar implica un control del abuso y, bajo la égida del solidarismo contractual, que es más realista al contexto actual, conlleva a adaptar las necesidades de las partes según, verbi gratia, el comportamiento del mercado, la disposición de recursos para cumplir el objeto contractual, etc.

Debe aclararse que, el abuso no se limita a la intención de dañar; lo que se quiere indicar en este asunto es que el solidarismo contractual busca evitar el ejercicio de un derecho no conforme a su destinación social.

Por contera, en el caso en concreto, lo que se espera de la entidad es que sea solidaria en virtud de la problemática existente y que concierne a la consecución de los perfiles, aspecto que no puede ser ajeno a esta, pues lo que se espera de la Supersalud es que, justamente bajo el solidarismo contractual, asuma un rol activo.

Lo que se espera es que la entidad revise el contrato, particularmente lo relativo a los perfiles objeto de discusión y, bajo el principio de la buena fe y de los deberes de cooperación y coherencia, se llegue a un acuerdo con el Contratista a fin de procurar el cumplimiento contractual, pues se hace un flaco favor al contrato el asumir una posición pasiva frente a las realidades sociales y del mercado laboral colombiano y, sin dar el brazo a torcer, pretende ahora imponer una multa desproporcionada, con la consabida consecuencia para el Contratista.

Pretender declarar el incumplimiento parcial de obligaciones cuando estas se tornaron inexigibles por la imposibilidad de ser ejecutadas, amén de separarse de postulados básicos del Derecho tales como el de la buena fe, refractarias del abuso contractual, deja en evidencia el actuar desmesurado y desconsiderado de la entidad, quien tiene el único propósito de satisfacer el objeto del contrato.

**2. Imposibilidad de imponer multa cuando existe un mecanismo punitivo en el marco del Acuerdo de Nivel de Servicios**

Es sabido que la multa es una sanción pecuniaria impuesta al contratista en caso de mora, prestación defectuosa o ante el incumplimiento parcial de las obligaciones que

se hayan pactado en el contrato, teniendo su fuente - justamente- en el negocio jurídico.

Sobre el particular, es menester advertir, como lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, que, de la interpretación conjunta y armónica de los artículos 14 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, la imposición de multas goza de una naturaleza netamente contractual o consensual y en ningún caso puede ser considerada como una potestad excepcional.

De otra parte, la finalidad de los Acuerdos de Nivel de Servicio, además de identificar los factores claves del servicio y cómo se medirá y controlará su cumplimiento, descansa fundamentalmente en postulados coercitivos, en el que se busca principalmente la imposición de la penalización como verdadera sanción para disuadir al proveedor del incumplimiento.

En ese contexto, atendiendo la lectura del Acuerdo Marco de Precios, se evidencia, en su acápite de “Acuerdos de Nivel (sic) de Servicio – ANS”, que los descuentos tienen una finalidad de carácter sancionatoria, dada la expresión “PENALIDAD” que utiliza en dicho documento.

Ahora, lo indicado en el pliego de cargos se ajusta al contexto de los “Acuerdos de Nvel (sic) de Servicio – ANS”, luego resulta improcedente que, con fundamento en los hechos narrados, se pretenda imponer una multa al Contratista.
Es sabido que la noción del contrato bilateral encuentra sus raíces en el inveterado principio de que nadie puede enriquecerse del patrimonio ajeno sin justa causa. Por contera, los contratos deben ser vistos como genuinos remedios frente al oportunismo contractual, buscando evitar que se quiebre el equilibrio del acuerdo.

El hecho de existir identidad sancionatoria entre la multa y las penalidades indicadas en los “Acuerdos de Nivel (sic) de Servicio – ANS” impide que la entidad acuda a la imposición de multa, pues además de requerirse que esté expresamente consignada en el contrato, esta debe -bajo el principio de tipicidad en materia sancionatoria- disponer en qué supuestos de hecho sería aplicable y su valor determinado.

Ahora, nótese que el pliego de cargos, de manera muy general, hace referencia al incumplimiento de obligaciones contractuales, empero, la misma entidad reconoce (razón por la cual el suscrito no debe probarlo) que la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio obedece a:

| *Artículos y/u obligaciones* | *Valor de ítem* | *Incumplimiento* |
|---|---|---|
| *Proveer el servicio de mesa de servicio (Rec. Humano) Código IT-MS-02-703-a que corresponde a un (1) Profesional Especializado en Directorio Activo - zona 1 Jornada Ordinaria.* | *$12.204.082 valor mensual ofertado por la disponibilidad del recurso.* | *El Agente No ha sido vinculado a Supersalud y debió ser provisto a la entidad el 26/01/2021 – 176 días de incumplimiento.* |
| *Proveer el servicio de mesa de servicio (Rec. Humano) Código: IT-MS-02-217-a que corresponde a un (1) Profesional Especializado en Redes - zona 1 Jornada Ordinaria.* | *$12.204.082 valor mensual ofertado por la disponibilidad del recurso.* | *El Agente No ha sido vinculado a Supersalud y debió ser provisto a la entidad el 26/01/2021 – 176 días de incumplimiento.* |

En primer lugar, debe dejarse una salvedad en la redacción -infortunada- relativa a la equiparar “artículos y obligaciones” en el contexto legal, pues no son sinónimos. En segundo lugar, lo allí indicado no corresponde a obligaciones propiamente dichas, sino a la discusión relativa a la presencia de dos perfiles para el cumplimiento de

actividades, aspecto que no puede verificarse ni sancionarse bajo la cláusula de imposición de multas.

Así las cosas, este no es el foro para discutir el incumplimiento de actividades, para lo cual se encuentra prevista la gobernanza contractual relativa a los Acuerdos de Nivel de Servicio, por ser este último el mecanismo punitivo previsto en el acuerdo marco y en la orden de compra.

**3. La pretendida imposición de la multa resulta excesiva para los intereses del contratista y erosiona la equidad contractual, amén del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria.**

El pliego de cargos parte de una premisa errada y es indicar que el Contratista, presuntamente, incumplió con las siguientes obligaciones:

**Acuerdo Marco de Precios** - CCENEG-023-1-2020 (Contrato CCE-183-AMP-2020).

***Cláusula 11 Obligaciones de los Proveedores Las siguientes son las obligaciones de los Proveedores derivadas del presente Acuerdo Marco:***
*Numeral 11.37. Contar durante toda la vigencia del Acuerdo Marco con la capacidad de proveer el Servicio requerido en el segmento en el que fue adjudicado."*
*"Numeral 11.45. Responder a los reclamos, consultas y/o solicitudes de las Entidades Compradoras eficaz y oportunamente, de acuerdo con lo establecido en el presente documento."*
*"Numeral 11.48. Cumplir con los plazos establecidos en el Acuerdo Marco y los Documentos del Proceso."*

*Anexo técnico: El proveedor de conformidad con lo establecido en el documento "Fichas Técnicas – ANS del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicios (página 3)" se compromete a entregar los servicios de Mesa de servicio que involucran el recurso humano dentro de los términos allí establecidos.*

Empero, resulta excesiva la posición de la entidad como quiera que no es verdad que el Contratista esté incumpliendo con la totalidad de las obligaciones arriba indicadas.

En efecto, téngase en cuenta que la orden de compra dispone el prestar los servicios de BPO – mesa de servicio para la Supersalud, con fundamento en la imposición de una serie de personal acorde con los perfiles requeridos.

Lo anterior supone un conjunto de actividades que deben adelantarse en aras de cumplir con el objeto del contrato.

Esas actividades, que deben ser ejecutadas a través de personal que reúna los perfiles impuestos, se han venido ejecutando. Sin embargo, lo que acá está en discusión es lo relativo a dos actividades y que no constituyen la totalidad de las obligaciones del Contratista.

Es decir, no puede afirmarse categóricamente que, el supuesto incumplimiento de dos actividades, tenga la virtualidad de constituirse en la afrenta a las obligaciones arriba señaladas, pues eso sería tanto como indicar que el Contratista, durante la ejecución de la orden de compra, jamás ha contado con la capacidad de proveer el servicio; jamás ha respondido a los reclamos, consultas y/o solicitudes; jamás ha cumplido con los plazos establecidos en el acuerdo marco y, jamás ha entregado los servicios de Mesa de Servicio.

Por ende, luce desproporcionada la pretensión de imposición de multa que persigue la entidad, pues deja a un lado que, en el marco de la inmensa mayoría de actividades, estas se han venido cumpliendo.

Aunado a lo anterior, debe rememorarse a la entidad que, para efectos de imponer una multa, debe tenerse en cuenta:

a. El incumplimiento debe ser injustificado, valga decir que, además de provenir del Contratista, el mismo debe ser "no justificado".
b. La culpa integra uno de los aspectos que se deben considerar en la presente actuaciones administrativas y no está acreditada.

Empero, no obstante, lo indicado en los literales a y b de este acápite, hipotéticamente hablando, en el remoto evento de considerar responsable al Contratista, se solicita desde ya a la entidad que cumpla con los presupuestos y garantías del Derecho Administrativo Sancionatorio -aplicable plenamente en materia contractual-, siendo uno de ellos la aplicación de la ley permisiva o favorable (ley del contrato) en preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Por contera, y sin reconocer responsabilidad alguna a cargo del Contratista, de considerar que es responsable de los hechos que se le imputan, se debe imponer la pena menos lesiva a sus intereses y, evidentemente, en el evento de castigársele con una multa, la misma sería abiertamente desproporcionada en comparación con otras penalidades pactadas en el contrato.
Ahora, de seguir considerando la entidad que la multa es el castigo que debe recibir el Contratista, no puede dejar pasar por alto que debe aplicar la regla proporcional como mecanismo frente a las obligaciones y, particularmente, las actividades cumplidas por este, amén de la dosificar la multa conforme a la gravedad de la falta.

Es importante recordar a la administración la regla jurisprudencial relativa a la proporcionalidad, la cual es plenamente aplicable en la imposición de multas.

En concepto No. 4201813000008918, Colombia Compra Eficiente indicó:

"Las Entidades Estatales tienen el deber de actuar conforme al principio de proporcionalidad al momento de analizar el impacto que podría generar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. (…)

"Así lo ha establecido el Consejo de Estado cuando advierte que, en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración dentro de la actividad contractual, para la imposición de multas y cláusula penal pecuniaria, el Estado se encuentra en la obligación de observar el debido proceso y el principio de proporcionalidad, los cuales son los ejes fundamentales en los que se debe apoyar el servidor público, y evidentemente el juez para imponer una sanción.

(…)

"2. En materia administrativa el principio de proporcionalidad es el instrumento de adecuación para la determinación de la administración de un acto de carácter discrecional. A pesar de que en las normas de contratación estatal no existe una disposición específica sobre la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de hacer efectivas las multas y la cláusula penal estipulada en el contrato estatal, su aplicación se entiende inmersa en aras de asegurar el debido proceso de una actuación administrativa de carácter sancionatoria".

Por ende, se insiste en que la pena que se pretende imponer al Contratista resulta excesiva y desproporcionada si se tiene en cuenta que este ha venido ejecutando las actividades de la orden de compra y que, el supuesto incumplimiento, no le es imputable.

En virtud de lo anterior, de manera subsidiaria y, respetuosamente, se ruega a la Entidad acudir al principio de proporcionalidad y tasar o “dosificar” la multa impuesta atendiendo lo cumplido por el Contratista y las circunstancias exógenas a su voluntad.

**4. No existe afrenta a un interés jurídicamente tutelado, lo cual hace inane la imposición de una multa.**

Para la imposición de una multa, correspondía a la Administración: (i) acreditar la conducta a corregir o a conminar; (ii) demostrar cuáles fueron los compromisos incumplidos por causa imputable, exclusivamente, al Contratista; (iii) probar cuáles son esas infracciones cometidas por el Contratista y, (iv) la afectación a un interés jurídicamente tutelado.

Sin embargo, no obra prueba alguna de la Entidad que acredite lo indicado en el párrafo anterior. Al contrario, no desconoce la Administración que la orden de compra ha venido ejecutándose, y tan sólo se duele de dos actividades a la cuales ya hicimos referencia.

Aunado a lo anterior, tampoco demostró la Entidad “inactividad” u “omisión” del Contratista que haya conllevado a la violación de un interés jurídicamente tutelado.

En materia administrativa sancionatoria, el criterio de daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados es la ratificación de que el ejercicio de la potestad sancionatoria está sujeta a la verificación del elemento de antijuridicidad.

Por ende, desde el punto de vista lógico y acorde con la interpretación Constitucional, no hay antijuridicidad si la acción del administrado no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico tutelado.

En consecuencia, más que un parámetro de graduación de sanción es una causal eximente de responsabilidad.

De igual manera, bajo el principio de minimis non curat praetor, la acción del administrado debe tener relevancia jurídica, pues no deben ser calificadas como infracción y, por ende, conminadas con sanción las conductas de contenido antijurídico mínimo, puesto que el costo administrativo del aparato represivo de control y sanción, así como el costo social de la irritación producida por su uso son mayores que los beneficios esperados por su restablecimiento.

En el presente asunto se dio apertura a un procedimiento administrativo sancionatorio de imposición de multas, a fin de conminar al contratista al cumplimiento de ciertas actividades.

Sin embargo, el Contratista ha venido acreditando a la Entidad los esfuerzos incalculables en procura de tener a disposición los perfiles que, en el contexto del mercado laboral colombiano, son de difícil consecución.

Aunado a lo anterior, no existe reparo frente a la gran lista de actividades que ha venido cumpliendo el Contratista.

En razón a lo anterior, no tiene ningún sentido imponer una sanción cuando el Contratista ha venido cumpliendo con sus obligaciones, reiterando que las dificultades en la consecución de los perfiles no son imputables a este.

Por ende, no le es dable a la Entidad imponer una sanción cuando, a hoy, la misma no descansa en postulados de relevancia jurídica del actuar del Contratista, amén que no se advierte la existencia de una violación a un interés jurídicamente tutelado.

Por supuesto, se rememora a la Administración que, en el marco de esta actuación, no puede imponer sanciones por hechos no indicados en el pliego de cargos ni debatidos al interior de esta actuación.

**Argumentos frente al contrato de seguro:**

**5. La Supersalud no ha acreditado los presupuestos indicados en el artículo 1077 del Código de Comercio.**

Es sabido por el asegurado, es decir, la Superintendencia Nacional de Salud, que le corresponde al reclamante acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio.

Frente a la ocurrencia del siniestro, resulta claro que no existe materialización del riesgo asegurado, como quiera que la póliza de cumplimiento que sirve de fundamento para la vinculación de mi procurada ampara los hechos imputables al deudor contratista que implican el incumplimiento de obligaciones contractuales que afecten de forma grave y directa la ejecución del contrato.

Debe existir una relación causal entre el hecho y el daño para que surja la obligación condicional del asegurador, caso contrario, no existiría siniestro. En este evento -y como ya se precisó-, no existe causal de incumplimiento por parte del contratista.

Frente a la cuantía de la pérdida, corresponde a la Supersalud demostrar los hechos sobre los cuales funda su derecho a la prestación indemnizatoria; es una clara manifestación de la regla onus probandi incumbir actori.

En este aspecto, al no existir incumplimiento esencial e imputable al Contratista, no podría acudirse a la imposición de la multa.

Por contera, al no estar acreditados los elementos necesarios para que surja la obligación condicional del asegurador, no es posible que se declare la ocurrencia del siniestro.

**6. De la aplicación de saldos para el pago de la Multa, Compensación y la Proporcionalidad.**

Sin reconocer obligación o responsabilidad alguna a cargo del contratista, o a cargo de mi procurada, en el evento que la Supersalud insista en los cargos que no tienen asidero jurídico, es preciso tener en cuenta que, tanto la ley, como el contrato de seguro, prevén la aplicación de la compensación en caso de existir saldos a favor del contratista.

En consecuencia, tal y como lo dispone la ley, de existir saldos a favor del contratista, ruego a la entidad aplicarlos para el pago de la multa que se pretenda imponer.

En ese sentido, las Condiciones Generales de la Póliza disponen que “[s]i en el momento de ocurrir un siniestro, la entidad estatal contratante fuere deudora del contratista por cualquier concepto, se compensarán las obligaciones en la cuantía a que haya lugar”.

Lo anterior tiene sustrato jurídico en los artículos 1714 y siguientes del Código Civil.

Además, la escogencia de los mecanismos para hacer efectiva una multa, debe estar orientada por el principio de eficacia, en virtud del cual, el medio seleccionado no sólo debe ser adecuado para los fines de recaudo, sino que debe ser el más idóneo dentro

de las diversas opciones que se tendrían para obtener el pago y, en este caso, el medio más idóneo es la Compensación.
De igual manera, conforme a lo normado en el artículo 2.2.1.2.3.1.18 del Decreto 1082 de 2015, es responsabilidad de la entidad mantener la suficiencia de la garantía en los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.12 ibídem.

De otra parte, ruego a la Entidad aplicar la regla proporcional como mecanismo frente a las obligaciones cumplidas por el contratista.

**PETICIÓN**

Por lo anteriormente expuesto, ruego a la Supersalud archivar el presente procedimiento administrativo por las razones anotadas y, en consecuencia, se abstenga de declarar la ocurrencia del siniestro y/o imponer la multa.

**PRUEBAS DOCUMENTALES:**

• Copia de las condiciones generales de la póliza de Garantía Única de Cumplimiento.

De igual forma, el suscrito coadyuva las pruebas solicitadas por el contratista, y se reserva la facultad de solicitar pruebas adicionales en procura de desvirtuar los fundamentos de hecho de la Supervisión.

## 10. MEDIOS PROBATORIOS DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Mediante Auto No. 1 del 16 de diciembre de 2021, Auto No. 2 del 28 de febrero de 2022 y el Auto No. 3 del 10 de mayo de 2022, el Secretario General Ad Hoc de la Superintendencia Nacional de Salud analizó las pruebas solicitadas en el marco de la Audiencia de declaratoria de posible incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios No. 547 de 2020/ Orden de compra No. 61377 de 2020, encontrando que algunas de las pruebas solicitadas por el contratista y garante fueron decretadas, practicadas y trasladadas.

Que en virtud de lo anterior se tiene que el contratista y su apoderado, garante y su apoderado y entidad, solicitaron los siguientes medios probatorios:

| **Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada** | | **Se decretó SI /NO** | **Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas** | **Análisis concreto** |
|---|---|---|---|---|
| **1** | Se oficie a la agencia Colombia Compra Eficiente para que manifieste si las obligaciones objeto del presente procedimiento sancionatorio han sido cumplidas a entera satisfacción por los demás proveedores del Acuerdo Marco de Precios | NO | **Conducencia:** SI **Pertinencia.** NO **Utilidad:** NO | La orden de compra que se hace al amparo de un acuerdo marco de precios genera una relación individual entre el emisor de la orden y el aceptante de esta, de tal forma que lo que acaezca en la ejecución compete a las partes de forma particular, debiendo el contratista responder por lo que se obligó independientemente de lo que suceda con otros contratistas.<br><br>El vínculo individual |

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

| **Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada** | | **Se decretó SI /NO** | **Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas** | **Análisis concreto** |
|---|---|---|---|---|
| | | | | contractual de la orden de compra hace inútil la prueba de otros proveedores del acuerdo marco de precios, los que no tienen vínculo con la Superintendencia Nacional de Salud y cuyos comportamientos contractuales son irrelevantes respecto al actual contratista.<br><br>Los comportamientos contractuales de terceros ajenos a la relación contractual no rompen el nexo imputativo de responsabilidad. |
| **2** | Se oficie a la agencia Colombia Compra Eficiente para que manifieste si en el actual momento se está realizando tramite de modificación del Acuerdo Marco de Precios, cuáles son los motivos que llevan a dicho trámite. | NO | **Conducencia:** SI<br><br>**Pertinencia**: NO<br>**Utilidad**: NO | Es completamente inútil el conocimiento de actuaciones futuras por parte de Colombia Compra Eficiente, referente a modificaciones al acuerdo marco bajo el cual se suscribió el contrato No. 547 del 2020 / Orden de Compra 61377 de 2020, la actuación administrativa sancionatoria contractual tiene por objeto un posible incumplimiento hipotéticamente configurado por hechos acaecidos en el marco de las condiciones establecidas en el mismo, sin que a la fecha resulte relevante si se surtirán modificaciones, pues bajo las mismas no se celebró acuerdo entre las partes, la prueba debe estar referida a ese momento en el tiempo, lo que suceda en un futuro bajo condición contingente y completamente incierta en la actualidad no exonera responsabilidad, ni rompe el nexo imputativo. |
| **3** | Se oficie a la agencia Colombia Compra Eficiente para que emita certificación sobre la modificación de | NO | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: NO<br>**Utilidad**: NO | Para el caso preciso de la prueba solicitada la misma no guarda pertinencia, es inconducente e inútil, el posible incumplimiento enrostrado que se debate |

| **Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada** | | **Se decretó SI /NO** | **Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas** | **Análisis concreto** |
|---|---|---|---|---|
| | los perfiles en las fichas técnicas del acuerdo marco de precios. | | | tiene un soporte jurídico y fáctico referido a una condición jurídica existente al momento en que la conducta se produjo y que fue informada por la supervisión a la ordenación que preside el trámite sancionatorio contractual, así que los cambios posteriores de los perfiles de ficha no tienen pertinencia toda vez que la orden de compra se hizo e inició su ejecución bajo condiciones ciertas que son exigibles a quienes suscribieron el acuerdo marco de precios; no hay efectos retroactivos de los cambios de perfiles a efectos de sanear un supuesto incumplimiento ni tienen la virtud de romper el nexo imputativo. |
| **4** | Copia de las condiciones generales de la póliza de Garantía Única de Cumplimiento. | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | El garante solicita esta prueba, con el fin de demostrar que en el contrato de seguro se prevén la aplicación de la compensación en caso de existir saldos a favor del contratista por lo que se constituye en una prueba conducente, pertinente y útil. |
| **5** | Requerimiento a Microsoft en el cual solicite se informe si la Certificación Microsoft en Sistema Operativo de Red ya no existe en el mercado y si la misma fue reemplaza por otra de iguales o mejores características. | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | Es una prueba pertinente, conducente y útil toda vez que lo que se requiere es tener certeza que el curso de Sistema Operativo de red - certificado continua vigente en el mercado, o esté fue reemplazado o fusionado o retirado del mercado y desde que fecha, así como saber cuantas personas se certificaron en el curso de Sistema Operativo de red a fin de dar mayor claridad al proceso administrativo sancionatorio. |
| **6** | Se llame como testigo a la Ingeniera Dany | NO | **Conducencia:** NO **Pertinencia**: NO | La información que consta en el expediente contractual, dentro de la cual se encuentra |

| **Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada** | | **Se decretó SI /NO** | **Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas** | **Análisis concreto** |
|---|---|---|---|---|
| | Yorlady Pinilla Ariza, identificada con cédula No. 52.205.573.<br>La ingeniera Pinilla en su calidad de Gerente del Proyecto, dará testimonio sobre los hechos en que sustentamos la defensa y podrá manifestarse sobre los hechos narrados por el supervisor | | **Utilidad**: NO | el informe de supervisión que es sustento en el presente proceso administrativo sancionatorio, con sus respectivos anexos, así como los descargos presentados por el Contratista y garante, constituyen material probatorio que contrastado frente a lo pactado en el contrato, generan un criterio de conocimiento sólido de la verdad formal de lo discutido en el marco de la audiencia de declaratoria de posible incumplimiento. |
| **7** | Se llame como testigo al ingeniero José Fernando Jiménez Wills, identificado con cédula de ciudadanía No. 79240468.<br>El ingeniero Jiménez como Especialista en comunicaciones unificadas podrá dar fe de la naturaleza que tienen las certificaciones solicitadas por la entidad, la incoherencia de ellas para las funciones que requiere el cargo, los procedimientos que se debe cumplir para obtener las certificaciones Microsoft. | NO | **Conducencia:** NO<br>**Pertinencia**: NO<br>**Utilidad**: NO | La información que consta en el expediente contractual, dentro de la cual se encuentra el informe de supervisión que es sustento en el presente proceso administrativo sancionatorio, con sus respectivos anexos, así como los descargos presentados por el Contratista y garante, constituyen material probatorio que contrastado frente a lo pactado en el contrato, generan un criterio de conocimiento sólido de la verdad formal de lo discutido en el marco de la audiencia de declaratoria de posible incumplimiento. |
| **8** | Se llame como testigo al ingeniero Darwin Ernesto Bejarano Portes, identificado con cédula de ciudadanía No. 80169029.<br>El ingeniero Bejarano contratado | SI | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: SI<br>**Utilidad**: SI | La ordenación tiene una versión dada por el informe de supervisión respecto a lo acaecido en la ejecución contractual, para tener un juicio jurídico sólido que permita tomar la decisión que corresponda en derecho debidamente motivada en el análisis probatorio |

| Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada | | Se decretó SI /NO | Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas | Análisis concreto |
|---|---|---|---|---|
| | por INDRA para el rol de Especialista en Directorio Activo, podrá dar fe de los procedimientos que se requieren para cumplir con este perfil, los costos que ello conlleva, el tiempo, la complejidad para obtener la certificación y la existencia de la misma. | | | correspondiente, se consideró útil, pertinente y conducente decretar y recepcionar el testimonio técnico solicitado que en criterio de este despacho permite la conformación de un conocimiento objetivo de lo sucedido |
| **9** | Se llame como testigo al ingeniero Fernando Linares Castro, identificado con cédula No. 12129602.<br>El ingeniero Linares como especialista en redes, podrá dar fe de la complejidad para obtener la certificación requerida por la entidad contratante, los procesos para obtener la certificación y el perfil que, de cumplimiento a los requerimientos solicitados por las especificaciones técnicas, los tiempos y costos de la misma. | NO | **Conducencia:** NO<br>**Pertinencia**: NO<br>**Utilidad**: NO | El objeto de la prueba precisa está dirigido a demostrar "*la complejidad para obtener la certificación requerida... y el perfil de cumplimiento de los requerimientos solicitados*".<br><br>En el procedimiento administrativo sancionatorio se discute el hipotético incumplimiento de una obligación, no la complejidad de aquello con que se obligó el contratista.<br><br>En estas condiciones la ordenación no accede al decreto de la prueba por su impertinencia e inutilidad respecto al objeto del presunto incumplimiento. |
| **10** | Se llame como testigo a Paola Huertas, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.383.683.<br>La señora Huertas en representación de la empresa Head Hunter Bayton, podrá dar fe de | NO | **Conducencia:** NO<br>**Pertinencia**: NO<br>**Utilidad**: NO | La información que consta en el expediente contractual, dentro de la cual se encuentra el informe de supervisión que es sustento en el presente proceso administrativo sancionatorio, con sus respectivos anexos, así como los descargos presentados por el Contratista y garante, constituyen material probatorio que contrastado |

| **Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada** | | **Se decretó SI /NO** | **Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas** | **Análisis concreto** |
|---|---|---|---|---|
| | todos los procedimientos adelantados por esa firma como contratista de INDRA COLOMBIA S.A.S., para buscar las personas que cumplan con los roles objeto de controversia en el presente procedimiento sancionatorio. | | | frente a lo pactado en el contrato, generan un criterio de conocimiento sólido de la verdad formal de lo discutido en el marco de la audiencia de declaratoria de posible incumplimiento. |
| **11** | Se llame en calidad de Testigo Especializado a la Doctora Katherine Ramos, Psicóloga de la Universidad Javeriana, experta en talento humano y actualmente jefe de la oficina de Talento Humano de INDRA COLOMBIA S.A.S., para que, en su calidad de experta en el manejo y administración de perfiles profesionales, rinda concepto especializado sobre los roles que son objeto de controversia en el presente procedimiento sancionatorio | SI | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: SI<br>**Utilidad**: SI | El objeto de la prueba testimonial es congruente, pertinente coherente y útil para escuchar testimonio sobre lo acaecido respecto a lo pactado en el contrato, contribuyen a la formación de un conocimiento sólido de la verdad real de lo discutido en el marco de la audiencia de declaratoria de posible incumplimiento, que hizo necesario el decreto y recepción de esta prueba testimonial, dado que en el expediente del contrato existen medios de convicción que deben ser contrastado con el dicho de la testigo que será valorado en el presente acto administrativo. |
| **12** | Se llame como testigo a la señora Martha Liliana Sanabria Melo.<br>La señora Sanabria rendirá testimonio sobre las gestiones que como contratista ha realizado a fin de lograr cumplir los | NO | **Conducencia:** NO<br>**Pertinencia**: NO<br>**Utilidad**: NO | La información que consta en el expediente contractual, dentro de la cual se encuentra el informe de supervisión que es sustento en el presente proceso administrativo sancionatorio, con sus respectivos anexos, así como los descargos presentados por el Contratista y garante, constituyen material |

| Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada | | Se decretó SI /NO | Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas | Análisis concreto |
|---|---|---|---|---|
| | requisitos establecidos por el Acuerdo Marco de Precios en torno al objeto de debate en el presente procedimiento sancionatorio. | | | probatorio que contrastado frente a lo pactado en el contrato, generan un criterio de conocimiento sólido de la verdad formal de lo discutido en el marco de la audiencia del proceso administrativo sancionatorio. |
| **13** | Anexo 1: Ingreso Especialista en Redes | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez que con ella se busca demostrar que el profesional en Redes, relacionado en el informe de supervisión, ya se encuentra en funciones en la Superintendencia Nacional de Salud. |
| **14** | Anexo 2: Supresión certificación Microsoft | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez con ella se quiere demostrar que la certificación de Microsoft en sistema operativo de red ya salió del mercado y que existe certificaciones con las que se puede homologar el requerimiento. |
| **15** | Anexo 3. Encuesta retiro Darwin Bejarano | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez que con ella se busca demostrar que el retiro del Ingeniero Bejarano, contratado por INDRA para el rol de Directorio Activo, se debió a encontrar en el perfil, funciones eminentemente técnicas cuando el perfil exigido que lo llevó a formular su candidatura es gerencial. |
| **16** | Anexo 4. 2021-10-15. Agente de Mesa de Servicios Nivel 2_Especializado en Directorio Activo | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez que con su decreto se puede demostrar que se entregó la hoja de vida de una profesional adicional para el cargo de Directorio Activo desde el 15 de octubre de 2021 y que la entidad no se ha pronunciado al respecto. |
| **17** | Anexo 4.a Certificación constancia de contratación Claudia | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez se busca demostrar que la profesional Claudia Jimenez ya |

| Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada | | Se decretó SI /NO | Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas | Análisis concreto |
|---|---|---|---|---|
| | Jiménez (Directorio Activo). | | | se encuentra disponible para prestar funciones en la Superintendencia Nacional de Salud para el cargo de Directorio Activo, pues la misma cumple con los requisitos del acuerdo marco de precios. |
| **18** | Informe ANS No. 7. Enero-abril | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda, con esta se puede demostrar que entre el mes de enero y abril se han descontado de la facturación Acuerdos de Nivel de Servicios. |
| **19** | Informe Supervisión ANS. Mayo | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez que se puede demostrar que en el mes de mayo se descontaron de la facturación Acuerdos de Nivel de Servicios. |
| **20** | Informe Supervisión ANS. Junio | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez que son du decreto se puede demostrar que en el mes de junio se descontaron de la facturación Acuerdos de Nivel de Servicios. |
| **21** | Carpeta: Directorio Activo. Provisión perfil | NO | **Conducencia:** NO **Pertinencia**: NO **Utilidad**: NO | Dentro de los documentos allegados no se encuentra esta prueba documental. |
| **22** | Carpeta: Directorio Activo. Solicitud modificación certificado Microsoft | NO | **Conducencia:** NO **Pertinencia**: NO **Utilidad**: NO | En relación con la prueba solicitada la misma no guarda pertinencia, es inconducente e inútil, el posible incumplimiento reprochado que se debate tiene un soporte jurídico y fáctico referido a una condición jurídica existente al momento en que la conducta se produjo, así que las solicitudes de modificaciones a la orden de compra solicitadas posterior al inicio del presente incumplimiento, no tienen pertinencia toda vez que no han sido gestionadas y aprobadas al interior de la entidad, además, la solicitud |

| **Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada** | | **Se decretó SI /NO** | **Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas** | **Análisis concreto** |
|---|---|---|---|---|
| | | | | de modificación que se pretende hacer valer como prueba, guarda estricta relación con el asunto en debate en el presente incumplimiento, por tanto es necesario resolver el asunto que nos convoca y posteriormente validar la pertinencia y necesidad de la modificación solicitada |
| **23** | Sobre la provisión del perfil: Especialista en Directorio Activo: Correos electrónicos de Indra a la Supervisión del contrato:<br>a. Correo del 24/11/2021<br>b. Correo del 25/11/2021<br>c. Correo del 06/12/2021<br>d. Correo del 13/12/2021 | SI | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: SI<br>**Utilidad**: SI | Se decreta con la excepción siguiente, el correo del 13 de diciembre de 2021 no fue allegado razones por las cuales no se tendrá como prueba documental.<br><br>Los demás correos electrónicos son pertinentes, conducentes y útiles toda vez que se quiere demostrar que cuenta con un profesional certificado en Microsoft Azure Administrator, con la que se puede homologar la cerificación de Microsoft requerida en el acuerdo marco. |
| **24** | Carpeta: “Solicitud modificación Acuerdo Marco” | NO | **Conducencia:** NO<br>**Pertinencia**: NO<br>**Utilidad**: NO | La prueba solicitada no guarda pertinencia, es inconducente e inútil, el posible incumplimiento enrostrado que se debate tiene un soporte jurídico y fáctico referido a una condición jurídica existente al momento en que la conducta se produjo, así que las modificaciones de la orden de compra no tienen pertinencia toda vez que la orden de compra se hizo e inició su ejecución bajo condiciones ciertas que son exigibles a quienes suscribieron el acuerdo marco de precios; no hay efectos retroactivos de los cambios en la orden de compra. |
| **25** | Informes de supervisión sobre | SI | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez con |

| Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada | | Se decretó SI /NO | Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas | Análisis concreto |
|---|---|---|---|---|
| | descuentos por ANS de la facturación de los meses de:<br>a. Julio<br>b. Agosto<br>c. Septiembre<br>d. Octubre,<br>e. Noviembre | | **Utilidad**: SI | su decreto se puede demostrar que entre los meses de julio a noviembre se descontaron de la facturación Acuerdos de nivel de Servicio. |
| **26** | Igualmente aporto en anexo el archivo de la presentación de análisis realizada por la directora de talento humano de INDRA, Katherine Ramos, en su testimonio de hoy. "Presentación Información proceso de selección Especialista directorio activo.pdf" | NO | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: NO<br>**Utilidad**: NO | La pruebe es impertinente e inútil toda vez que el 13 de enero de 2022 se recibió en testimonio a la señora Katherine Ramos en donde se escuchó y realizó la presentación que ella estimo conveniente. |
| **27** | Memorando de fecha 18 de enero de 2022- solicitud de reemplazó de la certificación retirada por Microsoft por la certificación Azure Administator Associate | NO | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: SI<br>**Utilidad**: SI | La prueba no se decreta toda vez que a la fecha la exigibilidad de la certificación de Microsoft en el curso de Sistema Operativo de Red se mantiene y la misma no ha sido sujeta de modificación |
| **28** | Comunicado del 09 de febrero de 2022 – Respuesta de Supersalud a solicitud de modificación | NO | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: SI<br>**Utilidad**: SI | No se decreta la prueba, toda vez que se está dando una respuesta a una petición que se hace a una circunstancia que se debe resolver en el incumplimiento, por tanto, no presta utilidad en este momento procesal incorporarla como prueba documental. |
| **29** | Correo electrónico del 29 de octubre de 2021- Incidente masivo Google Chrome | SI | **Conducencia:** SI<br>**Pertinencia**: SI<br>**Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez que con su decreto se puede demostrar que a pesar de que la entidad no ha generado la modificación de la certificación, en la ejecución del contrato, el servicio de Directorio Activo se ha prestado |

| **Pruebas solicitadas por la contratista y su apoderada** | | **Se decretó SI /NO** | **Conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas aportadas y solicitadas** | **Análisis concreto** |
|---|---|---|---|---|
| **30** | Correo electrónico del 29 de octubre de 2021 falla en Google | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | La prueba es pertinente, conducente y útil toda vez que con la misma se puede demostrar que a pesar de que la entidad no ha generado la modificación de la certificación, en la ejecución del contrato, el servicio de Directorio Activo se ha prestado |
| **31** | Documento en Excel denominado Anexo 11 - registro de la sesión virtual Teams | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | |
| **32** | Correo – Revisión Wsus | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | |
| **33** | Correo del 20 de enero de 2022 – citación Revisión Wsus SNS | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | |
| **34** | Correo del 31 de enero de 2022 – Revisión Wsus SNS | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | |
| **35** | Correo – Solicitud reporte sanciones e investigaciones en curso tema Metodología de Evaluación Desempeño | SI | **Conducencia:** SI **Pertinencia**: SI **Utilidad**: SI | |

Dentro del análisis que realizará la entidad se tendrá en cuenta para el desarrollo de las consideraciones, cada una de las pruebas decretadas.

**11. C**

**ONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD**

Es de señalar que en desarrollo de la actuación administrativa sancionatoria adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud, se observó el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 donde se le permitió al contratista y a su garante el derecho de ejercer -en sede administrativa- el derecho a la defensa y contradicción, para que rindiera sus descargos y presentaran las pruebas que quisieran hacer valer con el fin de desvirtuar la ocurrencia de los hechos constitutivos del siniestro o su imputabilidad a la entidad, garantizando con lo expuesto el derecho al debido proceso.

De esta forma, el comportamiento de la Superintendencia Nacional de Salud en el ejercicio de la actuación sancionatoria contractual está guiada por el derrotero marcado por el debido proceso, siguiendo la directriz señalada por la Constitución Política y por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que le autoriza a declarar el incumplimiento, decretar multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 o estatuto anticorrupción introdujo el detalle del proceso que debía agotarse para establecer la responsabilidad del contratista frente a presuntos incumplimientos. En los debates parlamentarios se expresó como justificación del proyecto de ley:

*"7. Séptimo capítulo: disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública*
*La Contratación Pública es el sector en el cual se vienen presentando los casos más graves de corrupción pública; por ello es necesario realizar reformas puntuales para aumentar la transparencia y garantizar la sanción, la corrupción y el fraude en esta actividad estatal:*

*(...)*

*A. En segundo lugar, no existe en la actualidad un procedimiento expedito para premiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para premiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento."*

De tal forma que la Corte Constitucional en Sentencia C-499 de 5 de agosto de 2015 con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, considera que la finalidad del artículo 86 es:

*"...la finalidad general de luchar contra la corrupción y la finalidad especifica de dotar al Estado de un instrumento idóneo para sancionar al contratista incumplido y para proteger el interés público de los efectos nocivos del incumplimiento."*

Y continúa precisando como el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 es adecuado a las finalidades perseguidas por el legislador:

*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 haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución [34]. 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.*

La misma sentencia en cita determina los elementos básicos del procedimiento:

*"5.5.4. El procedimiento previsto en los literales aludidos inicia cuando la entidad estatal advierta, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en una audiencia, a la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras*

*pruebas, sea de oficio o a petición de parte, cuando se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la "cesación de la situación de incumplimiento", puede "dar por terminado el procedimiento".*

Atendiendo a los principios de la función administrativa que debe regir en todas sus actuaciones, se hace necesario argumentar y analizar el presunto incumplimiento del Contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020/ Orden de compra No. 61377 de 2020 y en ese sentido los descargos presentados por el contratista y el apoderado del garante en el ejercicio del derecho de defensa y contradicción bajo un contexto integral del contenido de la orden de compra y los documentos que hacen parte de la misma, así como de sus obligaciones que tienen por fuente el mismo contrato (Art. 1604 C.C.) y obliga a los contratantes por tratarse de ley para las partes (Art.1602 Ibídem), obligando a lo propio, así como a lo que deriva de su naturaleza (Art. 1603), siendo el deudor responsable por hasta por culpa leve (Art. 1604).

Por lo anterior el Secretaria General Ad Hoc desarrollará la argumentación de la siguiente manera:

## I. EN CUANTO A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA

### a) Profesional IT-MS-02-217-a especializado en redes:

Se menciona por parte del contratista que el Profesional Especializado IT-MS-02-217-a especialista en redes, ya se encuentra en ejercicio de sus funciones y ha quedado a disposición de la entidad desde el 16 de agosto del 2021.

Revisada la Ficha técnica del acuerdo marco de precios de mesa de servicio se evidencia que los Servicios de Mesa que involucren recurso humano deben ser aprovisionados de acuerdo con los tiempos establecidos así:

- Perfil General: 10 días hábiles
- Perfil Técnico: 15 días hábiles.
- Perfil Profesional: 20 días hábiles
- Perfil Especializado: 25 días hábiles

El acta de inicio de la Orden de compra No. 61377 de 2020/ Contrato 547 de 2020 se suscribió el 16 de diciembre de 2020, de acuerdo con los tiempos mencionados anteriormente, el contratista debía proveer el profesional especializado en redes a más tardar el 25 de enero de 2021, sin embargo, y tal como lo manifiesta INDRA en sus descargos junto con sus pruebas (Anexo No. 1 Ingreso Especialista en Redes) y el supervisor del contrato mediante memorando No. 20211530000141023, el profesional inicio sus actividades en la Superintendencia Nacional de Salud a partir del 17 de agosto de 2021, es decir 137 días hábiles siguientes a la obligación adquirida con el perfeccionamiento de la Orden de compra.

Una vez revisada la hoja de vida del Ingeniero Fernando Linares Castro, profesional especialista en Redes entregado por el contratista el 17 de agosto de 2021, cumple con los requerimientos exigidos en la Orden de compra No. 61377 de 2020 y el Acuerdo Marco de Precios de mesa de servicios, así:

| Nombre | Estudio | Certificación Especializada | Cert. Itil Intermedia y otra (pmp, scrum, Cobit, Togaf) | Experiencia en Redes |
|---|---|---|---|---|
| Fernando Linares Castro. | Ing. Electrónico de la Universidad del | | Cumple | Una vez revisada la |

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

| Nombre | Estudio | Certificación Especializada | Cert. Itil Intermedia y otra (pmp, scrum, Cobit, Togaf) | Experiencia en Redes |
|---|---|---|---|---|
| | Cauca de 1990 y Especialista gerencia de empresas de la U. Andes del 2011 | | | experiencia la misma se encuentra acorde con lo establecido en el acuerdo marco de precios de mesa de servicios. |

Como se observa, el perfil profesional especialista en redes presentado por Indra Colombia SAS el 17 de agosto de 2021 cumple con lo requerido en el contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020/ orden de compra No 61377 de 2020, por lo cual se satisface la exigencia.
La jurisprudencia del Consejo de estado ha establecido que:

> *La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. (...)*[1]

Ese mismo tribunal en varios de sus pronunciamientos ha indicado que las multas estipuladas en los contratos estatales tienen como objeto compeler, constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es decir, que al ser su función conminatoria y no sancionatoria, es evidente que no se persigue indemnizar o reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, sino requerirlo para que cumpla lo pactado, y con ello se garantice la adecuada ejecución del contrato. Para el caso concreto, si bien el Ingeniero especialista en redes fue provisionado por el contratista tardíamente, lo cierto es que el supervisor aceptó la entrega del profesional y el mismo se encuentra ejerciendo las funciones correspondientes en la Superintendencia Nacional de Salud, garantizando así, por parte del contratista, la adecuada ejecución del contrato.

De lo expuesto este despacho no impondrá multa respecto a este profesional, teniendo en cuenta que la situación que originó el proceso administrativo sancionatorio, entre otra, fue la no entrega del profesional especializado en redes, cesó, y en virtud de ello el contratista no se haría merecedor a la figura de multa.

> *"La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento"*[2]

**b) Profesional del nivel profesional especializado en Directorio Activo IT-MS-**

---

1 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040)

2 Artículo 86 Ley 1474 de 2011

**02- 703-a**

Menciona el contratista es sus descargos que el profesional especializado en Directorio Activo, en las condiciones requeridas en la Orden de compra No. 61377 de 2020 no fue posible conseguirlo en el mercado toda vez que i) se está solicitando un perfil gerencial con una formación técnica y ii) la certificación de Microsoft en Sistema Operativo de Red ya no existe en el mercado.

En consonancia con lo anotado, con las pruebas allegadas y con los soportes que obran en el expediente contractual, esta instancia encuentra diversas circunstancias que convergen entre sí y que a la postre vale la pena enunciar para su análisis, así:

Sea lo primero en mencionar que se realizó un análisis al Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicio No. CCE-183-AMP-2020 que dio origen a la Orden de compra No 61377 de 2020 encontrando que los perfiles, para el caso concreto, el perfil de directorio activo (IT-MS-02-703-a - Agente de Mesa de Servicios Nivel 2), ya se encuentra parametrizado por Colombia Compra Eficiente.

El servicio IT-MS-02 descrito en la ficha técnica del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicio, en el numeral 3- Servicios, establece lo siguiente:

| | |
|---|---|
| **Código del servicio** | IT-MS-02 |
| **Nombre del servicio** | Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 |
| **Alcance del servicio** | Servicio de atención al usuario en sitio (Instalaciones de la Entidad) o remoto (Instalaciones del Proveedor), prestado por recurso humano con formación, experiencia, habilidades y conocimientos específicos y relacionados en servicios de soporte de TI; punto de contacto inicial del usuario con la mesa de servicios de TI, dotado con las herramientas técnicas de hardware y software especializado para el registro de tickets, que permita el acceso remoto de equipos de cómputo, además del puesto de trabajo (mobiliario) necesario para la prestación del servicio. |
| **Unidad de facturación del servicio** | Agente de Mesa de Servicios de TI / Modalidad y Horario de servicio – Mensualmente o Por horas. |

| Característica requerida | Descripción del requerimiento |
|---|---|
| **Modalidad del Agente** | Agente Especializado<br>Agente Experto Junior<br>Agente Experto Senior |
| **Especialidad del Agente** | La Entidad Compradora podrá solicitar la especialidad del agente de acuerdo con alguna de las siguientes especialidades:<br>Redes<br>Almacenamiento<br>Sistemas Operativos<br>Bases de Datos<br>Seguridad<br>Backup<br>Administrador de Servidores y Aplicaciones<br>Arquitecto de Infraestructura<br>Arquitecto de Aplicaciones<br>Directorio Activo |

Este agente corresponde a un perfil especializado relacionado en la ficha técnica del Acuerdo Marco de Precios en el numeral 4- perfiles, donde se observan los requisitos de educación, experiencia y funciones, así:

| Característica | Descripción |
|---|---|
| Nivel de Educación | Profesional en ingeniería de Sistemas, Eléctrica, Electrónica, de Telecomunicaciones, Telemática, Informática o afines entendidas como aquellas que comparten núcleo básico de conocimiento, de acuerdo con el Sistema de Información SNIES del Ministerio de Educación Nacional.<br><br>Especialización o maestría en áreas de ingeniería de Sistemas, Eléctrica, Electrónica, de Telecomunicaciones, Telemática, Informática o afines, en gerencia de proyectos de TI o en áreas relacionadas con la necesidad que requiera la Entidad Compradora<br><br>Certificación en la especialidad que la Entidad requiera, expedida por fabricante o por un partner certificado del fabricante<br><br>Certificación obligatoria en ITIL V 3.0 Intermediate en cualquiera (CSI, o OSA, o PPO, o RCV, o SOA, o ST) o superior.<br>Certificación adicional en una de las siguientes disciplinas:<br>PMP<br>COBIT<br>TOGAF<br>SCRUM MASTER |
| Experiencia | **General:** Con experiencia profesional mínima de cuatro (4) años en proyectos relacionados con soporte en mesa de servicios de TI, atención telefónica y/o servicio al cliente, atención de servicios con herramientas de soporte remoto.<br>**Especifica:** Con experiencia mínima de tres (3) años en labores relacionadas con el cargo a ejecutar, a partir de la fecha de graduación en la especialización o maestría solicitada por la Entidad Compradora.<br>**Adicional:** Con experiencia mínima de dos (2) años a partir de la fecha de expedición de la certificación ITIL V 3.0 Intermediate en cualquiera (CSI, o OSA, o PPO, o RCV, o SOA, o ST) o superior en temas relacionados con servicios de TI.<br>Con experiencia mínima de dos (2) años a partir de la fecha de expedición de la certificación PMP, COBIT, TOGAF, SCRUM MASTER en temas relacionados con servicios de TI. |

Así mismo, en dicho documento se relacionan las funciones o actividades a ejercer por parte del perfil especializado:

| | |
|---|---|
| Funciones / Actividades recomendadas | • Brindar atención telefónica o por otros medios de entrada y/o realizar campañas de salida, que permita orientar e informar a los usuarios en el uso de los servicios de TI de la Entidad.<br>• Identificar y diagnosticar incidentes.<br>• Atención prioritaria a los usuarios VIP.<br>• Validar la categorización del incidente y reportar a la Mesa de Ayuda en caso de ser necesario un cambio de categorización.<br>• Manejar correctamente en términos de cortesía y expectativas, la relación con los clientes internos, durante la resolución de los problemas.<br>• Atender consultas, incidentes, solicitudes de servicio, recibidas a través de los diferentes medios definidos y registrarlos en la herramienta de software definida para tal fin.<br>• Escalar las consultas, incidentes, solicitudes de servicio a los agentes respectivos en caso de no poder solucionarlo, debidamente documentado en la herramienta de software definida para tal fin.<br>• Coordinar la gestión de la solicitud internamente o con terceros en caso de ser necesario.<br>• Mantener el software del registro de la operación de la mesa de servicios de TI actualizado de acuerdo con la prestación del servicio.<br>• Brindar apoyo en las actividades requeridas para la operación de la mesa de servicios de TI desde el registro de la solicitud de soporte hasta la resolución del mismo con el respectivo cierre de la solicitud de soporte.<br>• El escalamiento a niveles superiores de soporte (segundo o tercer nivel) deberá hacerse de manera automática para lo cual el sistema de gestión de Mesa de servicios deberá contar con tal funcionalidad. |

| | |
|---|---|
| | • Prestar servicio básico de soporte técnico a los equipos tecnológicos propiedad de la Entidad (Equipos Servidores, almacenamiento, herramientas y librerías de backup, pc de escritorio, Workstation, portátiles, Tablets, impresoras, video beams, video proyectores, equipos de video conferencia, escáner, televisores, Smart TV, pantallas inteligentes, plotters, Switch, unidad controladora acces point, acces point (AP), lectores de código de barras, etc., entre otros, de acuerdo con el inventario presentado por la Entidad).<br>• Aplicar parches de software técnico a los equipos tecnológicos propiedad de la Entidad.<br>• Eliminar virus en las estaciones de trabajo.<br>• Instalar el equipo de respaldo reemplazando aquellos que están sujetos a reparaciones.<br>• Apoyar la actualización del inventario de equipos (hardware y software) de microinformática según lineamientos del coordinador.<br>• Realizar las Instalaciones masivas de equipos de microinformática.<br>• Realizar y/o apoyar las Instalaciones masivas de software en los equipos de microinformática<br>• Explicar la resolución de los incidentes a los usuarios.<br>• Bajo ningún punto de vista, un agente de soporte puede interrumpir el trabajo de un usuario para ejecutar la solución de un problema, excepto que cuente con una aprobación explícita de la persona o personas afectadas.<br>• Otras actividades asignadas por el coordinador relacionadas con la atención de soporte de TI en sitio.<br>• Demás funciones solicitadas por la Entidad Compradora relacionadas con servicios de soporte de TI. |

Estos requisitos fueron dados a conocer por Colombia Compra Eficiente a todos los interesados a través del proceso de Licitación Pública No. CCENEG-023-1-2020 cuyo objeto consistió en establecer: (a) las condiciones para la contratación de la Mesa de Servicio al amparo del Acuerdo Marco; (b) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco y adquieren la Mesa de Servicio; y (c) las condiciones para el pago de la Mesa de Servicio por parte de las Entidades Compradoras, conocida también como operación principal.

En el proceso de licitación pública mencionado, al realizar un análisis por parte de este despacho, **no se evidencian observaciones relacionadas con los perfiles requeridos en cuanto a su formación y experiencia**. Si existían incoherencias entre la formación y la experiencia de los perfiles, los interesados debieron haberlo manifestado en el desarrollo del proceso de licitación, toda vez que era Colombia Compra Eficiente quien estaba modelando los perfiles que se incluirían en el Acuerdo Marco de Precios y que posterior las entidades estatales a través de una operación secundaria los adquirirían.

La voluntad contractual es una expresión de libertad consciente que significa un proceso de decisión, deliberación y discernimiento que una vez realizado obliga a asumir las consecuencias de la decisión; no es una obligación impuesta, es una obligación consentida. El contrato estatal es producto de una oferta que puede ser aceptada o no. Quien la acepta se obliga y no puede decir que fue sometido en contra de lo que deseó y resolvió; si hubiese una interferencia en el conocimiento o en la libertad, habría un vicio en el consentimiento que haría la manifestación de voluntad nula, pero no mediando vicio la voluntad sensata y lucida, obliga y obliga en la extensión de lo acordado.

Una vez producido el acuerdo de voluntades se genera una confianza social que está reforzada por la coercitividad que previene sobre el efecto negativo de faltar al pacto, de desconocer el acuerdo y de incumplir la obligación. La Administración cuando contrata lo hace para satisfacer una necesidad pública y en atención a un beneficio colectivo; hay un interés altruista que debe ser satisfecho. En los acuerdos marco, el contratista previamente ya se comprometió a cumplir en la forma como convino, de tal forma que cuando se perfecciona el contrato derivado bajo el acuerdo marco, el contratista ya ha comprometido su voluntad a una determinada condición de cumplimiento.

Disponer de un personal es una condición objetiva acordada que genera un resultado tangible de verificación binaria: se dispone o no del personal ofrecido y que se ha considerado como necesario para satisfacer la necesidad pública. La discusión de si

se requiere o no, es previa y ya está zanjada a punto de convertirse en una obligación de exigibilidad incondicionada, de tal forma que regresar a una posición ex antes al contrato, no tiene recibo alguno.

Realizando una verificación del testimonio presentado por Katherine Ramos el 13 de enero de 2022, se puede extraer lo siguiente:

> ***Secretario General Ad Hoc****: ¿ustedes como empresa experta en tecnología, en la etapa precontractual advirtieron de la dificultad de conseguir el perfil? O no lo hicieron, es decir cuando ustedes conocieron de la posibilidad de la celebración del contrato se presentaron, ¿hicieron la propuesta de hoja de vida e iniciaron observaciones dentro de esa etapa precontractual?*
> ***Katherine Ramos****: Yo no hago parte de esa área específicamente que revisa las licitaciones o que hace los comentarios sobre, así que sería imprudente darte alguna respuesta sobe eso.*
> ***Secretario General Ad Hoc****: y ahora con todo el análisis que nos estabas mostrando tengo otra inquietud y es, ¿este análisis como empresa se hizo una vez ya adjudicado el contrato? O se previo se hizo algún análisis en la preparación de la propuesta porque es que inicialmente hubo 3 perfiles que no cumplieron oportunamente y luego con la ejecución contractual pues se vino subsanando de alguna manera, pero como estabas haciendo referencia solo a uno de los perfiles entonces¿Cuándo se hizo ese análisis?*
> ***Katherine Ramos:*** *este análisis como tal así de detallado se hizo cuando empezamos la ejecución, puesto que como usted dice somos expertos en poner este tipo de perfiles y fue cuando identificamos que nos estaba el tema de gestión nos empezó a hacer ruido fue que empezamos hacer. Estos análisis los hicimos cuando ya teníamos adjudicado el contrato, cuando nosotros nos entregan, en este caso nos adjudican al equipo de talento humano y a los perfiles y lo que hacemos nosotros es identificar donde los voy a conseguir y demás. En ese momento es que nosotros entramos a revisar y en efecto no solo estaba el de directorio activo, si no el de comunicaciones para nosotros identificar porque se volvieron de difícil consecución y que era lo que pasaba, que no era el común de lo que vivimos nosotros en nuestro día a día de las vacantes que tenemos.*

Como se observa y de conformidad con lo manifestado por la testigo dentro del proceso contractual sancionatorio adelantado, el contratista realiza una verificación de los perfiles una vez la orden de compra se encuentra en ejecución, adjudicado el evento de cotización, omitiendo realizar un estudio especializado anterior a la presentación de la oferta de cada uno de los perfiles requeridos, violando así el principio de responsabilidad que tiene los proponentes en la configuración de sus oferta, la cual esta precedida por los principios de la contratación estatal de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, la Superintendencia Nacional de Salud centra la atención en establecer hasta qué punto media un eximente de responsabilidad de quien habiéndose obligado no cumple con el objeto respecto al que se obligó.

Trayendo a colación nuevamente el testimonio entregado por Katherine Ramos, se evidencia que la profesional menciona que se realizó una evaluación en la ejecución del contrato de los candidatos encontrando que "*no es común encontrar una persona formada especialista técnicamente con una formación experta en gestión. Al realizar la búsqueda del personal se encuentran aparentemente un numero de 255 candidatos sobre los cuales se empezó a revisar quienes cumplían y quienes no, cuando hacemos el ejercicio de revisar quienes cumplían con la experiencia general y la específica, solo quedaba cumpliendo 66 personas, cuando pasamos a revisar formación, experiencia general, experiencia específica y la certificación ITIL pasamos que cumplían únicamente 15 personas, luego cuando revisamos formación,*

*experiencia general, experiencia específica y la certificación ITIL y experiencia adicional solamente nos quedaba cumpliendo 4 personas".* Lo que se contrató en la Orden de compra No. 61377 es un experto en mesa de servicio que realizará su proceso de reclutamiento de personal una vez presente cotización dentro del evento de contratación del Acuerdo Marco de Precios y que levantará la mano, es decir, manifestara la condición de mercado realizando la observación correspondiente, en el proceso precontractual a fin de informar las circunstancias que podrían ocurrir en la ejecución contractual o que realizará este mismo análisis en el proceso de licitación pública adelantado por Colombia Compra Eficiente, pues era la oportunidad para que los proponentes se manifestarán respecto de los requerimientos de los perfiles a contratar. Recordemos que las características de los perfiles fueron definidos por el ente rector de la contratación pública.

La tolerancia en procesos competidos no significa una condición de subordinación incondicionada, sino el sometimiento a reglas y oportunidades, de tal forma que el que tolera consciente, pues habiendo tenido oportunidad de disentir, no lo hizo y tan siquiera manifestó opinión disconforme, por el contrario, contrató.
Se contrata a quien conoce el mercado, es un experto, es un agente dentro de él, de tal forma que cuando asume la condición de colaborador debe de haber hecho la constatación de si está en condiciones de cumplir. No solo se planea el proceso contractual, se planea la propuesta y se asume responsabilidad sobre su planeación. De parte y parte hay un proceso previo de planeación para establecer hasta donde se puede comprometer la voluntad, en qué condiciones se compromete y cuál es la extensión de los compromisos, para el caso, que es poner a disposición un perfil profesional.

Se recuerda el siguiente aparte de la Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado proferida por la Sección Tercera Subsección C del 23 de octubre de 2017 con ponencia del consejero doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con radicado 55855 en que se lee:

> *Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares "tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones" y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato.*

Por todo lo demás, si no existía en el mercado el perfil profesional exigido, los interesados en el proceso debieron haberlo puesto de presente.

La disposición de personal requiere tenerlo en condición de poder emplearlo, es una obligación ponerlo al servicio del contrato. El contrato es un *do ut des* en que el contratista se obliga en un contrato de servicio que debe ser cumplido en la forma pactada y puede ser compelido, a través de la multa, para que cumpla con lo que se obligó.

Disponer de un personal es una obligación de resultado, no de medio. Frente al incumplimiento de la obligación para romper el nexo imputativo "*se le exige demostrar la ocurrencia de la causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, el hecho*

*exclusivo de un tercero, o el hecho exclusivo de la víctima)*."[3]. El contratista no ha demostrado ninguna condición que exonere su responsabilidad y si se tratara de entender su alegación como la del garante en perspectiva de fuerza mayor, la misma no se tipificaría porque era una condición previsible, no tiene situación irresistible por lo que es superable y entra dentro del espectro de control del contratista.

La entidad estatal al momento de la emisión de la Orden de compra producto de la operación secundaria está obligada a dar cumplimiento a los acuerdos establecidos entre proveedor y Colombia Compra Eficiente. El proveedor queda obligado cumplir con lo que se comprometió. El contrato es ley para las partes (Art. 1602 C.C.) de tal forma que el nexo solo se rompe por las causales que se han analizado.

El contrato debe ser cumplido conforme a lo pactado, tal como las normas de soporte de esta decisión, lo establece; pedir menos de lo que se debe viola la definición del artículo 1627 C.C.

Una vez suscrito el Acuerdo Marco de Precios entre Colombia Compra Eficiente y los proveedores, las condiciones establecidas allí son ley para la entidad compradora al momento de la realización de la operación secundaria, tal como lo establece la guía para entender los Acuerdos Marco de Precios de Colombia Compra Eficiente: *"(…) los compradores se vinculan a un Acuerdo Marco de Precios mediante una manifestación de su compromiso de cumplir las condiciones del mismo y la colocación de una orden de compra para la adquisición de los bienes o servicios previstos en el acuerdo."*

Por ministerio de la Ley, los Acuerdos Marco de Precios vigentes son de obligatoria observancia para las entidades estatales del poder ejecutivo del orden nacional sometidas en su régimen de contratación, es decir, que estas no cuentan con la liberalidad para sustraerse a los efectos de los Acuerdo Marco de Precios vigentes ni para adquirir los bienes y servicios que sean objeto de dichos acuerdos a través de la subasta inversa y/o la bolsa de productos.

La sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, con radicado No. 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56165) A, menciona:

> *"(…) 'las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del Poder público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, (sic) están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes' y que 'si el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios contiene el bien o servicio requerido, la entidad estatal de que trata el inciso 1 del artículo 46 del presente decreto está obligada a suscribir el Acuerdo Marco de Precios, en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga…' lo que allí se hizo, fue desarrollar lo normado en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, más concretamente, el artículo 2, parágrafo 5, inciso 4 (…)"* (subrayado fuera del texto original)

Respecto de lo anterior y revisado el simulador publicado en el proceso de contratación adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud, la entidad no solicitó algo distinto a lo establecido en el Acuerdo Marco de Precios, guardo congruencia, razones por las cuales no es de recibo para este despacho el argumento que presenta el contratista en sus descargos al mencionar que la no entrega del profesional "*lejos de responder a conductas negligentes, se fundamenta en una imposibilidad tangible de conseguir en el mercado los profesionales requeridos con las características técnicas que fueron exigidas por la Superintendencia de Salud, específicamente las certificaciones que deben acompañar los estudios profesionales"*, dado que tal como se observa las características de los profesionales las establece

[3] Javier Tamayo Jaramillo, Culpa Contractual, Temis, 1990, Págs. 17 y 18).

Colombia Compra Eficiente dentro del Acuerdo Marco de Precios y es el proveedor, INDRA COLOMBIA SAS, quien determina si remite o no oferta en las condiciones ya conocidos por ellos desde el 8 de mayo de 2020, fecha en la que se publicó el proceso de Licitación Pública por parte de Colombia Compra Eficiente para la selección de los proveedores para el acuerdo marco de precios de mesa de servicio. La Superintendencia Nacional de Salud se acoge a las condiciones determinadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública y en las mismas condiciones debe cumplir el contratista en los términos requeridos.

La colaboración con el contratista tiene como límite el cumplimiento de los deberes que el propio contratista se impuso, esa es una certeza jurídica que lo compromete a cumplir como se obligó, sin que haya demostrado que la difícil consecución sea un imposible que generaría la fuerza mayor o que la condición no pueda ser superada mediante la contratación de con quien se obligó o que lo haya vinculado para prevenir que el mercado lo sustrajera.

Todo lo anterior refleja que las condiciones determinas en la Orden de compra No. 61377 de 2020, no fueron establecidas por la Superintendencia Nacional de Salud, fueron determinadas por Colombia Compra Eficiente a través del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicios. Ahora bien, para que INDRA Colombia SAS presentará oferta dentro del evento de cotización creado por la Superintendencia Nacional de Salud para la contratación de mesa de servicio, debió revisar las condiciones que se requería y si no podía cumplir con ellas, debió abstenerse de presentar cotización, pues con la presentación de su oferta se obliga, en caso de ser adjudicatario, a cumplir con las condiciones establecidas en el proceso:

> *"(...) la licitación que abre la administración pública con base en la ley 80 de 1993 es un llamado a que los particulares empresarios presenten ofertas, sujetándose al pliego de condiciones, que a manera de reglamento ha puesto en vigencia. Las propuestas que le formulen los licitadores son ofertas de contratos, una de las cuales es aceptada por la administración en el acto administrativo de adjudicación. (...)*[4]

Por otra parte, en la diligencia de recepción de testigos del 13 de enero de 2022, específicamente el testimonio del Ingeniero Darwin Ernesto Bejarano Portes, se escucha que el profesional renuncio al cargo ofrecido por Indra Colombia SAS como profesional de Directorio Activo porque, a pesar de que cumplía con gran parte de los requerimientos que exigían el rol y contaba con las capacidades y habilidades de liderazgo de administración, se trataba de un rol operativo ejecutado por una persona netamente técnica; manifiesta en su intervención que se identifica en el perfil que se confunde la parte administrativa con la parte operativa, y así mismo se observa en el anexo 3 – Encuesta retiro Darwin Bejarano al mencionar que los motivos de su retiro se debieron a la "*falta de definición de la certificación de realizar, requerimientos del cargo netamente técnicos (...) Las funciones requeridas para ocupar el cargo son netamente técnicas y el perfil requerido es gerencial".*

Las circunstancias anotadas por el profesional no le corresponde resolverlas a la Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que, como se mencionó, las funciones y requerimientos exigidos para el profesional especializado en Directorio Activo son las establecidas en el Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicio, la Superintendencia Nacional de Salud e INDRA COLOMBIA SAS aceptaron las condiciones establecidas allí desde el momento de la emisión de la Orden de compra No. 61377 de 2020 y en virtud de ellas la ejecución se debe realizar de acuerdo a lo convenido.

Lo anterior se fundamenta en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera con radicado No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166) al establecer las condiciones de un Acuerdo Marco de Precios:

[4] Sentencia CE 1723 de 2006.

> *"(...). - Se trata, en esencia, de un contrato marco o normativo que se desarrolla en dos etapas o momentos. Una primera, donde un organismo centralizado de compras públicas celebra, con ciertos proveedores seleccionados, un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes y/o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo en su aptitud para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo. Perfeccionada esta primera etapa, adviene el segundo momento del procedimiento, que consiste en la concreción, en cada caso en particular, de órdenes de compra de bienes y/o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al Acuerdo Marco según sus las necesidades a satisfacer, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas entre el organismo centralizado y los proveedores (*subrayado fuera del texto original)*.*

En segundo (2°) lugar, en el Acuerdo Marco de Precios, en lo referente al nivel de educación del profesional especializado en directorio activo (IT-MS-02-703-a - Agente de Mesa de Servicios Nivel 2) se menciona que la entidad requerirá una certificación en la especialidad que la entidad necesite expedida por el fabricante o por un partner certificado del fabricante, así:

| Característica | Descripción |
|---|---|
| Nivel de Educación | Profesional en ingeniería de Sistemas, Eléctrica, Electrónica, de Telecomunicaciones, Telemática, Informática o afines entendidas como aquellas que comparten núcleo básico de conocimiento, de acuerdo con el Sistema de Información SNIES del Ministerio de Educación Nacional.<br><br>Especialización o maestría en áreas de ingeniería de Sistemas, Eléctrica, Electrónica, de Telecomunicaciones, Telemática, Informática o afines, en gerencia de proyectos de TI o en áreas relacionadas con la necesidad que requiera la Entidad Compradora<br><br>Certificación en la especialidad que la Entidad requiera, expedida por fabricante o por un partner certificado del fabricante<br><br>Certificación obligatoria en ITIL V 3.0 Intermediate en cualquiera (CSI, o OSA, o PPO, o RCV, o SOA, o ST) o superior.<br>Certificación adicional en una de las siguientes disciplinas:<br>PMP<br>COBIT<br>TOGAF<br>SCRUM MASTER |

En razón a lo anterior, la entidad solicitó para el profesional en Directorio Activo certificaciones en sistemas operativos de red Microsoft. Este requerimiento se realizó dentro del evento de cotización realizado por la Superintendencia Nacional de Salud para la contratación de mesa de servicios, es decir en la operación secundaria.

Al realizar análisis al documento de estudios previos que dio origen a la Orden de compra No. 61377 de 2020, publicado en el proceso de contratación, se evidencia que el requerimiento de certificaciones en sistemas operativos de red de Microsoft se debió a las siguientes justificaciones:

- ✓ La infraestructura de la Superintendencia Nacional de Salud está al menos en un 95% soportada en productos Microsoft; los Sistemas Operativos de la entidad, son sistemas operativos Windows proporcionados por Microsoft, razón por la cual para el perfil de Directorio Activo se requería certificación de Microsoft en sistemas operativos de red.

- ✓ Las certificaciones en sistemas operativos de red de Microsoft dan una certeza que el profesional domina todos los temas de gestión y administración de estos sistemas y de manera específica los temas de Directorio Activo que es la columna vertebral de una infraestructura tecnológica.

- ✓ La certificación en sistemas operativos de red de Microsoft es las más adecuada por las labores que realizará el perfil en Directorio Activo, así como también está en directa relación con la experiencia solicitada para este profesional.

De lo anterior se evidencia que no existe un error en la solicitud de la certificación por parte de la entidad, como lo argumenta el contratista en sus descargos y tampoco una incongruencia de la certificación de Microsoft vs las certificaciones requeridas en el Acuerdo Marco de Precios para el perfil IT-MS-02-703-a - Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 (Cerificación obligatorio ITIL V 3.0 intermediate en cualquiera (CSL o OSA, o PPO o RCV o SOA o ST) o superior.). Tampoco es un capricho la solicitud de dicha certificación, la misma corresponde a las necesidades e infraestructura tecnológica con la que actualmente cuenta la entidad, es así que existe proporcionalidad en la exigencia, es una necesidad que la calidad del servicio se mantenga, además el propio contratista reconoce que ha habido un deterioro en la misma y esto ha generado el descuento previsto por los ANS.

La Superintendencia Nacional de Salud pretende el cumplimiento de un perfil, la obligación no se satisface por un descuento que no es sanción, si lo fuera la aplicación del ANS requeriría un procedimiento sancionatorio, es un descuento convenido, completamente ajeno a la naturaleza de sanción, por lo que multa que tampoco es sanción, ni indemnización, sino instrumento para compeler al cumplimiento, no puede ser confundido con el descuento, ni con una sanción, ni con una indemnización, razón por la cual el argumento del *non bis in ídem* no prospera. Esa razón se corrobora con el hecho que multas y cláusula penal no se excluyen, porque tienen distinto propósito jurídico. La multa compele, la cláusula penal es el cálculo anticipado de un perjuicio.

> *1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración.*[5]

No se trata de un bis in ídem como lo quiere hacer ver el contratista y garante, las multas y los descuentos por aplicación de los ANS son facultades distintas, uno recae sobre el personal ofrecido y el otro sobre la calidad y oportunidad del producto, el primero lleva a la conminación, el segundo a la aplicación de ANS.

Revisada la Orden de compra No 61377 de 2020 se evidencia que esta fue emitida como resultado del Evento de Cotización No. 97800 de 2020 de la Tienda Virtual donde se dio a conocer a los proveedores toda la documentación referente al servicio a contratar, se pusieron de presente las condiciones en las que se celebraría la Orden de compra de mesa de servicio, pues se evidencia publicación del estudio previo, el simulador de precios y anexo técnico donde se encuentra el requerimiento de la certificación en sistemas operativos de red Microsoft.

En el documento de estudios previos publicado en el evento de cotización se encuentra que en el numeral primero (1°) DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD QUE LA ENTIDAD ESTATAL PRETENDE SATISFACER CON LA CONTRATACIÓN se relaciona la siguiente información:

---

[5] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 29 de noviembre de 2010, consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Radicado 2040.

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

| | |
|---|---|
| **IT-MS-02-703-a** - Agente de Mesa de Servicios Nivel 2 Mensual Mayor o igual a 6 meses-En sitio (Instalaciones de la Entidad) - zona 1_Especializado en Directorio Activo - zona 1 Jornada Ordinaria-Oro - 1 Mensual | Profesional en ingeniería de Sistemas, Eléctrica, Electrónica, de Telecomunicaciones, Telemática, Informática o afines entendidas como aquellas que comparten núcleo básico de conocimiento, de acuerdo con el Sistema de Información SNIES del Ministerio de Educación Nacional.<br><br>Especialización o maestría en áreas de ingeniería de Sistemas, Eléctrica, Electrónica, de Telecomunicaciones, Telemática, Informática o afines, en gerencia de proyectos de TI o en áreas relacionadas con la necesidad que requiera la Entidad Compradora.<br><br>Al menos dos (2) certificaciones (Microsoft) en sistemas operativos de red expedida por fabricante o por un partner certificado del fabricante,<br>Certificación obligatoria en ITIL V 3.0 Intermediate en cualquiera (CSI, o OSA, o PPO, o RCV, o SOA, o ST) o superior.<br><br>El agente debe contar con la experiencia en el manejo del directorio activo y realizar las copias de seguridad de los usuarios finales. |

El evento de cotización se publicó en la Tienda Virtual del Estado Colombiano el 20 de noviembre de 2020, por el término de once (11) días hábiles es decir hasta el siete (7) de diciembre de 2020 para que los interesados presentaran sus observaciones y organizaran sus ofertas.

Se observa que en el traslado del evento de cotización se recibieron solicitudes de aclaración a través de mensaje en la Tienda Virtual, una de ellas fue presentada por Comware S.A y en su respuesta se modificó el requerimiento para el Profesional Especializado en Directorio Activo, la cual consistió en solo requerir una (1) Certificación (Microsoft) en sistemas operativos de Red. Respuesta que se ve publicada mediante mensaje en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para todos los proveedores, es decir se realizó la solicitud en el proceso y se aclaró en observaciones.

No se observan solicitudes de aclaración referentes a las condiciones del perfil de Directorio Activo respecto de su formación académica, su experiencia, certificación adicional y funciones que den cuenta de una posible simultaneidad de certificaciones enfocadas tanto a un perfil técnico como a un perfil gerencial, tal como lo indica el contratista en sus descargos.

El fin del proceso de selección por Acuerdo Marco de Precios era la contratación de una MESA DE SERVICIO, que adelantará la gestión en más de dos (2) niveles de servicios técnico y así planear, estructurar y proveer la entrega de una gran variedad de servicios de TI especializados, a través de una persona jurídica experta, que debía presentar observaciones, aclaraciones y/o sugerencias en el desarrollo del evento de contratación en la Tienda Virtual, si lo consideraba necesario, pues es deber del proponente informar circunstancias observadas en los documentos precontractuales, así lo manifestó el laudo arbitral No. TA-CCB-19970505:

> *"(...) Al entonces proponente y ahora demandante también le asiste responsabilidad por la estructuración de una oferta no viable. Los participantes en licitaciones y concursos deben entender su rol en este tipo de procesos en los que el interés colectivo subyace de manera categórica. El conocimiento científico de los posibles contratistas debe servir de acicate para detectar errores técnicos de previsible visualización en los pliegos o términos de referencia. Para el tribunal no puede pasar inadvertida la conducta del contratista consistente en no haberse percatado de un error que por su conocimiento era posible de prever, (...)*
>
> *Sin perjuicio de la responsabilidad que ello acarrea como cualquier obra humana, los pliegos o términos de referencia son susceptibles de incluir errores e imprecisiones, que, si se enmarcan dentro de lo evidente y notorio, deberían ser advertidos oportunamente por los licitantes, particularmente por la calidad de especialistas que se presume poseen y que es precisamente la*

*circunstancia que los habilita a proponer. (...)"*

La Superintendencia Nacional de Salud no incluyó errores en los requisitos de los perfiles determinados en el evento de cotización como pretende demostrar el contratista en sus descargos; ahora bien, en el hipotético caso en que si hubiese considerado un error y a la luz del contenido del pronunciamiento jurisprudencia que antecede, le asistía la obligación al futuro contratista de manifestarlo en la etapa precontractual correspondiente.

Mal haría la entidad, posterior a la adjudicación de un contrato y ante la manifestación del adjudicatario de la imposibilidad del cumplimiento, modificar las condiciones iniciales de la contratación incurriendo en un favorecimiento y en un desconocimiento de las demás propuestas presentadas que manifestaron cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el evento de cotización. Es oportuno recordar que para el presente proceso la entidad recibió ofertas de UT Sinergy – Microhard, Colsof, UT PS & MC, Colvatel S.A. ESP, UT Gestión ITO, Union Temporal BPM & Stefanni CCE, Comware S.A., Sonda de Colombia S.A., Axity Colombia Sociedad por Acciones Simplificada, Selcomp ING Acuerdo marco MDS y Comsistelco S.A.

De acuerdo con lo anterior es deber del proponente del Acuerdo Marco de Precios informar a la entidad de posibles circunstancias que pudieran afectar la ejecución contractual, pero en las pruebas allegadas y la revisión del evento de contratación no se evidencia dicha situación, razón por la cual para este despacho no se encuentra justificación para determinar que existe dificultades dentro del mercado para la consecución del personal en virtud de las posibles "incongruencias" en la formación del profesional, su experiencia vs sus funciones.

También es preciso manifestar, que ante el planteamiento de la dificultad de ese perfil gerencial – operativo, la Superintendencia Nacional de Salud indagó al interior de su personal acerca de la complejidad del cumplimiento del mismo teniendo en cuenta esa discrepancia en las funciones o actividades a desempeñar, encontrando que es posible la ubicación de perfiles que cumplan con los requisitos establecidos, trayendo a colación el siguiente ejemplo de profesionales que actualmente prestan sus funciones a la entidad:

- Ingeniera de Sistemas Especialista[6] en Seguridad de la Información. Certificaciones Técnicas: IPV6 Fundamentos e IPV6 Networking. Certificaciones de Gestión: Cobit, Itil e ISO 27000, tal como se puede observar en las siguientes imágenes:

IPv6 Forum Education Certification Program

THIS CERTIFICATE IS AWARDED TO

Olga Lucia Morales Nova

CNEG-10000729-19

IPv6 FORUM CERTIFIED NETWORK ENGINEER (GOLD)

Rafael I. Sandoval
CEO IPv6 Technology
Certifying Agent
www.academiaipv6.org

Issue date: Oct 29, 2019 Expiry: Oct 29, 2021
https://education.ipv6forum.com/
IPv6 Forum Copyrights
IPv6 Ready & Enabled (©) The IPv6 Forum, 1999-2019

Latif Ladid
President
IPv6 Forum
www.ipv6forum.com

IPv6 Forum Education Certification Program

THIS CERTIFICATE IS AWARDED TO

Olga Lucía Morales Nova

CNES-10000098-18

IPv6 FORUM CERTIFIED NETWORK ENGINEER (SILVER)

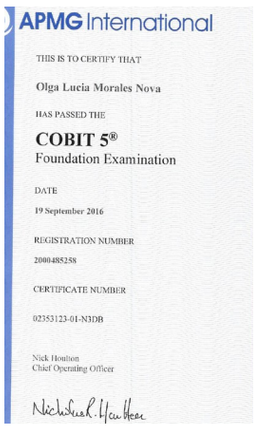
Rafael I. Sandoval
CEO IPv6 Technology
Certifying Agent
www.academiaipv6.org

Issue Date: Mar 15, 2018 Valid until: Mar 15, 2020
https://education.ipv6forum.com/
IPv6 Forum Copyrights
IPv6 Ready & Enabled (©) The IPv6 Forum, 1999-2018

Latif Ladid
President
IPv6 Forum
www.ipv6forum.com

[6] Se publican los documentos de los profesionales relacionados dentro de este acto administrativo con autorización del titular de la información.

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**


APMG International

THIS IS TO CERTIFY THAT

Olga Lucia Morales Nova

HAS PASSED THE

COBIT 5®
Foundation Examination

DATE

19 September 2016

REGISTRATION NUMBER

2000485258

CERTIFICATE NUMBER

02353123-01-N3DB

Nick Houlton
Chief Operating Officer

This is to certify that

Olga Lucia Morales Nova

Has achieved the

ITIL® Foundation Certificate
in IT Service Management

Effective from
8 May 2014

Registration number
5047485.20274026

drs. Bernd W.E. Taselaar
Chief Executive Officer

Con el ejemplo expuesto se desvirtúa la manifestación de la imposibilidad de la consecución de perfiles bajo estas condiciones, que, si bien es cierto, la profesional relacionada es funcionaria pública, es factible poder deducir que en el mercado están presenten quienes cumplen con estas condiciones e hicieron parte de las promociones en las cuales se titularon estos profesionales siendo esta información tan solo una parte de lo que puede representar el universo total de posibilidades.

Revisado el testimonio presentado por la señora Katherine Ramos se escucha que la profesional menciona con claridad que el análisis o la búsqueda del personal en directorio activo requerido por la Superintendencia Nacional de Salud en la Orden de compra No. 61377 de 2020 comienza para Indra Colombia SAS cuando se tiene la ejecución contractual, los análisis inician cuando ya se tiene adjudicado el contrato, es decir:

1) El contratista no tiene revisión del proceso antes de la emisión de la Orden de compra y
2) La presentación de la oferta en el evento de cotización no se realizó con la debida diligencia y cuidado que debió tener el contratista.

Lo anterior denota la participación del contratista en un proceso de convocatoria sin contar con las condiciones exigidas en el proceso, con la firme intención de hacerse acreedor de la adjudicación del contrato, presentando el menor valor dejando sin posibilidad a los demás participantes de resultar favorecidos, quienes muy posiblemente hubiesen cumplido lo exigido en el Acuerdo Marco de Precios.

Por otra parte, dentro de los descargos del contratista se manifiesta que la Certificación Microsoft en Sistema Operativo de Red ya no existe en el mercado y que esta circunstancia, se ha advertido a la supervisión.

Revisadas las pruebas allegadas se evidencia que a través de correo electrónico del 1 de octubre de 2021 el contratista le manifiesta a la supervisión que *“(…) la Certificación en “(Microso3) en Sistemas Opera(vos de Red” solicitada para el perfil de Agente de mesa de servicio Nivel 2 (Especialista Directorio Activo y sobre la cual aplicaban los cursos “MCSA: Windows Server 2012 MCSA: Windows Server 2012 - Learn | Microso3 Docs y MCSA: Windows Server 2016 MCSA: Windows Server 2016 - Learn | Microso3 Docs”, se retiraron del mercado y no fueron reemplazadas por el fabricante desde el 31 de enero de 2021(…)”*
De lo anterior es importante mencionar que:

- ✓ La obligación de entregar el personal por parte de contratista era, a más tardar el 25 de enero de 2021 (25 días hábiles después de firmada el acta de inicio) y para dicha fecha el curso de Microsoft en Sistema Operativo de Red se encontraba aún vigente.

- ✓ El contratista a la fecha de presentación de la oferta, 7 de diciembre de 2020, dentro de la operación secundaria adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud, debió prever que el profesional especializado en Directorio Activo requería de la certificación Microsoft en Sistema Operativo de Red y realizar las gestiones necesarias para dar entrega de este en las instalaciones de la entidad a más tardar el 25 de enero de 2021, tal como se requiere en el Acuerdo Marco De Precios.

- ✓ El contratista informa a la supervisión, de acuerdo con lo observado en las pruebas allegadas, nueve (9) meses después, sobre el retiro de la certificación Microsoft en Sistema Operativo de Red, cuando su obligación como colaborador de la administración es advertir a tiempo las circunstancias ocurridas en la ejecución del contrato.

- ✓ La Superintendencia Nacional de Salud realiza sus contrataciones bajo criterios de existencia y realidad y no sobre expectativas, lo que quiere decir que el contratista debió entregar el soporte del cumplimiento (entrega) del profesional el día 25 de enero de 2021, esto indica que éste pudo haber obtenido este requisito contando de esa fecha hacia atrás, en cualquier momento, en tanto la contratación de la entidad no estaba planeada para que adjudicara el contrato y en el transcurso de la ejecución el contratista empezará a certificar a su personal. Es oportuno aclarar, como ya se ha mencionado en este acto administrativo que uno de los perfiles que hacía parte de este proceso administrativo logró la certificación estando en ejecución el contrato y la entidad la aceptó en tanto se trató de una situación que se superó en el marco del incumplimiento conforme lo determinado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

- ✓ La Superintendencia Nacional de Salud no está solicitando algo de imposible consecución, el Acuerdo Marco de Precios estableció las condiciones del perfil de Directorio activo a la fecha de la apertura del Evento de Cotización, esto es 20 de noviembre de 2020, además la certificación que se requiere estuvo vigente por un tiempo determinado, plazo en que muchos de los profesionales debieron certificarse por Microsoft en sistemas operativos de red.

Se demuestra así, que la entidad no está obligando al contratista a cumplir algo de imposible consecución, toda vez que existen argumentos que sostienen el mantener el requerimiento de la certificación Microsoft en Sistema Operativo de Red, ya que no es un requisito que se debe cumplir en el aquí y ahora, es un requisito que debió cumplirse con anterioridad al 25 de enero de 2021, fecha en la que el contratista debió hacer entrega del profesional en las condiciones establecidas en el Acuerdo Marco De Precios.

El hecho que Microsoft haya sacado del mercado la certificación en sistema operativo de red no se convierte en un eximente de responsabilidad para que el contratista no cumpla con lo requerido en el Acuerdo Marco de Precios toda vez que las condiciones en que se contrataron están conforme a lo indicado por Colombia Compra Eficiente y la certificación solicitada por la entidad estuvo vigente hasta el 31 de enero de 2021, fecha para la cual el requisito ya debía haberse acreditado.

Ahora bien, la entidad a través de Auto No. 1 decretó de oficio la siguiente prueba "*Requerimiento a Microsoft Colombia, para que informe si el curso de Sistema Operativo de red - certificado continua vigente en el mercado, o esté fue reemplazado o fusionado o retirado del mercado y desde que fecha*" y por esta razón el 20 de diciembre de 2021 se expidió el memorando No. 20219400101726391, reiterado a través de memorandos No. 20229400100040891 y 20229400100093461 del 19 de enero y 03 de febrero de 2022 respectivamente, por medio del cual la Superintendencia Nacional de Salud realiza la siguiente solicitud de información a Microsoft:

*"La Superintendencia Nacional de Salud a la fecha viene adelantando proceso administrativo sancionatorio contractual contra el contrato No. 597 de 2020/orden de compra 547 de 2020 que tiene por objeto "Prestar los servicios de BPO-mesa de servicio para la SNS, bajo el Acuerdo Marco de Precios que se encuentre vigente"*

*En uno de los perfiles requeridos en la orden de compra, la Superintendencia Nacional de Salud requirió que el profesional contará con "Certificación Microsoft en Sistema Operativo de Red".*

*En razón a lo anterior la Superintendencia Nacional de Salud solicita muy amablemente se informe si el curso de Sistema Operativo de red - certificado continua vigente en el mercado, o esté fue reemplazado o fusionado o retirado del mercado y desde que fecha."*

El 21 de febrero de 2022 la directora del Sector Público de Microsoft remite comunicación en los siguientes términos:

1. Microsoft Colombia no fue el proveedor a quien fue adjudicada la orden de compra 547 de 2020.

2. A la fecha no contamos con suficiente información por parte de la SNS que nos permita determinar cuál de nuestros socios de negocio fue adjudicado a la orden de compra en mención para hacer la validación correspondiente con el equipo de Partners de Microsoft.

3. El nombre de "Certificación en Sistema Operativo de Red" no nos permite determinar los productos o servicios a los cuales se hace referencia y, adicionalmente, no se relaciona el ente calificador de dicha certificación lo que nos impide hacer una trazabilidad local de esta información

Por las razones anteriores, no podremos dar una confirmación a la entidad sobre el curso al que se hace referencia.

Como se observa, el comunicado emitido por Microsoft no corresponde a la respuesta de información solicitada por la entidad y no da cuenta de los hechos y circunstancias que convocan el presente proceso administrativo contractual sancionatorio, por lo que la Superintendencia Nacional de Salud no encuentra útil, pertinente y conducente como medio probatorio la información suministrada; se evidencia que la respuesta no aporta convencimiento sobre los hechos que se pretendían probar, no contribuye al esclarecimiento de los mismos para la definición del presunto incumplimiento.

Por lo contrario, se observa que la respuesta es evasiva y evita generar cualquier tipo de compromiso en lo allí manifestado, en tanto la pregunta de la entidad es clara y reitera de la necesidad de la respuesta a Microsoft, transcurridos dos (2) meses de espera, recibe la entidad un comunicado en el cual la respuesta no es coherente con la pregunta realizada, situación que no puede detener la sustanciación y definición del presente proceso en tanto se cuenta con otros medios que permiten la definición del mismo.

Por otro lado, se debe recordar que el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece que el Contratista del Estado obra en el contrato como un colaborador de la administración "*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*"; tal condición se reitera en el numeral segundo del artículo 5°, conforme con el cual los contratistas "*colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado*

*se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse.*"

Al respecto se vuelve sobre la sentencia antes citada Sección Tercera Subsección C del 23 de octubre de 2017 con ponencia del consejero doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con radicado 55855, en que se lee:

> *De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia*[7]*.*

Dicho lo anterior el contratista no ha ejecutado con la suficiente oportunidad las obligaciones derivadas del contrato en lo que tiene que ver con el profesional en Directorio Activo, pues su justificación solo se centra en que la certificación de Microsoft salió del mercado desde el 31 de enero de 2021 y que por esta razón no ha podido conseguir el profesional, cuando su obligación no nace después de la fecha en que Microsoft saca del mercado la certificación, su obligación nace desde el momento en que INDRA COLOMBIA SAS presenta oferta dentro del evento de cotización generado por la Superintendencia Nacional de Salud y se concreta, cuando se emite la orden de compra esto es, el 10 de diciembre de 2020.

En tercer lugar, y como se ya se mencionó, se tiene que la obligación de entregar los profesionales solicitados en la orden de compra, de acuerdo con los perfiles requeridos, terminaba para el contratista el 25 de enero de 2021, es decir la Superintendencia Nacional de Salud debía contar, para la fecha en mención, con todos los profesionales a fin de que estos iniciaran sus actividades de acuerdo con las necesidades de la entidad. Llegada la fecha (25 de enero de 2021) no se evidencia, de acuerdo con las pruebas aportadas y los descargos presentados, que el contratista allá manifestado alguna dificultad para la consecución del profesional especializado en Directorio Activo, es decir, se evidencia un incumplimiento en la obligación No. 11.48 del Acuerdo Marco referente al cumplimiento de los plazos establecidos en dicho acuerdo y los documentos del proceso, así como incumplimiento del Anexo Técnico que menciona *"El proveedor de conformidad con lo establecido en el documento "Fichas Técnicas – ANS del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicios (página 3)" se compromete a entregar los servicios de Mesa de servicio que involucran el recurso humano dentro de los términos allí establecidos".*

Si bien es cierto en el informe de supervisión del mes de marzo de 2021 se manifestó a la supervisión que los perfiles de Directorio Activo y de Redes eran de difícil consecución, también es cierto que el contratista en el mes de agosto, de manera tardía, entregó al profesional especialista en redes, lo que demuestra que en el mercado se encuentran profesionales con las condiciones solicitadas en la Orden de Compra No. 61377.

Por lo anterior es importante que el contratista actúe con la debida diligencia que ordena la ley a fin de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales en los términos definidos contractualmente:

---

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

> *(…) Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse."*[8]

El contratista en sus descargos y las pruebas allegadas manifiesta que se encuentra la Ingeniera Claudia Jiménez disponible para prestar sus actividades en la Superintendencia Nacional de Salud para el cargo de Directorio Activo y allega con ello un certificado emitido por el Director de Recursos Humanos de INDRA el cual manifiesta que "*confirmo que la señora CLAUDIA YANIRA JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, identificada con cedula de ciudadanía N° 51602948 cumple con el perfil para agente de mesa de servicio nivel 2, con experiencia en Directorio Activo, exceptuando la certificación en Microsoft solicitada por la entidad"*

Revisada la hoja de vida de la ingeniera no se observa que cuente con el curso de Microsoft en Sistema Operativo de Red sino que cuenta con una certificación Microsoft Azure Administrator y como ya se ha manifestado reiteradamente la certificación en Sistema Operativo de Red es de obligatorio cumplimiento debido a que se requirió dentro de las condiciones de la Orden de Compra No. 61377 de 2020 y el profesional que ejerza como especializado en Directorio Activo debe contar con esta certificación debido a lo expuesto anteriormente y a las condiciones que se pactaron al momento de la emisión de la Orden de Compra.

El contratista presenta la Hoja de Vida de la Ingeniera Claudia Jiménez con el fin de que la certificación de Microsoft en Sistema Operativo de Red sea reemplazada por la certificación Microsoft Azure Administrator, argumentando que la primera ya no se encuentra en el mercado. De lo cual se reitera que las condiciones que se exigen en la ejecución de la Orden de Compra No. 61377 de 2020 son las acordadas en el Acuerdo Marco de Precios aceptadas por el contratista con la presentación de su oferta y emisión de la Orden de Compra, cualquier modificación a la misma no exonera de responsabilidad al contratista de un incumplimiento generado desde la exigibilidad de la entrega de los perfiles en las condiciones del Acuerdo Marco de Precios.

Ahora bien, la certificación de Microsoft en Sistema Operativo de Red está enfocada al Sistema Operativo de Red que se le instala a los servidores y la certificación Microsoft Azure Administrator está enfocada a administrar infraestructura en la nube, hay cosas de un sistema operativo de red instalado en un servidor que no se tienen en la nube y viceversa; por lo que vemos son certificaciones con enfoque distinto, no comparable una con la otra. Sin embargo, el requerimiento de la entidad en la Orden de Compra No. 61377 de 2020 es claro y es la certificación de Microsoft en Sistema Operativo de Red.

A la fecha la entidad no cuenta con este profesional y esto ha generado, como lo manifiesta el supervisor del contrato en su informe, mora en la gestión de los asuntos de redes y directorio activo, represamiento de la emisión de paz y salvos, gestiones atrasadas de cuentas del Directorio Activo debido al ingreso y salida de funcionarios y contratistas, atención tardía de temas de soporte especialmente los asociados a acceso al Gestor Documental de la Entidad "SuperArgo" a través del Directorio Activo. Lo anterior lo ha generado la falta del profesional en Directorio Activo, obligación que debía cumplir INDRA COLOMBIA SAS durante la ejecución de la Orden de Compra No. 61377 de 2020.

En los descargos presentados por el contratista el 28 de febrero de 2022, se informa que a pesar de que la entidad no cuenta con el Perfil en Directorio Activo, el

[8] Ley 80 de 1993 artículo 5 numeral 2°

contratista ha resuelto los problemas de Directorio Activo con su personal y así lo demuestra a través de las siguientes pruebas:

- Correo electrónico del 29 de octubre de 2021- Incidente masivo Google Chrome
- Correo electrónico del 29 de octubre de 2021 falla en Google
- Documento en Excel denominado Anexo 11 - registro de la sesión virtual Teams
- Correo – Revisión Wsus
- Correo del 20 de enero de 2022 – citación Revisión Wsus SNS
- Correo del 31 de enero de 2022 –Revisión Wsus SNS
- Correo – Solicitud reporte sanciones e investigaciones en curso tema Metodología de Evaluación Desempeño.

Como se observa en las pruebas allegadas por el contratista, la entidad ha tenido problemas con el directorio activo, en los que INDRA COLOMBIA SAS ha tenido que ayudar a solucionar a través de un especialista que éste ha puesto en determinados momentos.

Visto lo anterior y realizando un análisis de la infraestructura tecnológica de la entidad, se encuentra que la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con un directorio que está conformado por cinco (5) controladores de dominio, cuatro (4) controladores locales y uno (1) en la nube (azure). Es un directorio activo complejo y por esta razón este servicio siempre ha sido contratado a través de la mesa de servicio.

Ahora bien, el directorio activo es la columna vertebral de la infraestructura tecnológica de la entidad y por esta razón a través del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicio se solicitó un profesional con perfil de especialista a fin de contar con un experto en operación y administración del sistema con la gestión de actividades a diario.

Una ejecución equivocada en el sistema operativo de red o de servidor puede generar innumerables problemas desde la imposibilidad de acceder a la infraestructura tecnológica de la entidad hasta no tener control de los roles y permisos de los funcionarios inscritos en ese directorio activo lo que puede conllevar a tener problemas de seguridad.

Ahora ese directorio activo es un símil con un directorio telefónico, allí debe quedar perfilado cada recurso (funcionario, contratista, computador, impresora, escáner, file server o carpeta compartida, servidor, unidad de cd), por ejemplo, para entrar al sistema operativo de red el funcionario debe identificarse con sus credenciales (nombre de usuario y clave) y de pronto se coloca una capa más de seguridad como puede ser un pin enviado al celular.

Los servidores donde se implementan los directorios activos reciben el nombre de controladores de dominio y son máquinas dedicadas a esta tarea, pero como son tantos funcionarios el directorio activo de la entidad esta implementado en cinco (5) controladores de dominio, cuatro (4) son servidores tradicionales y uno (1) es un servicio de directorio activo en azure.

Al tener cinco (5) instancias de directorio activo, es necesario la realización de actividades de administración para garantizar la integridad y sincronía de estas cinco (5) instancias, lo que implica el manejo de varios temas tales como:

- Garantizar que un cambio en un documento (controlador de dominio) se replique en otro.
- Creación de grupos de seguridad y distribución para la operación de los usuarios.

- Creación de políticas de administración GPO, por ejemplo, que todos los clientes a las cinco (5) de la tarde se apaguen.
- Bloqueo, desbloqueo de usuario o repisar contraseñas.
- Suspender a los funcionarios en situaciones administrativas que lo ameriten (vacaciones, sancionados,) o lo contrario, habilitar funcionarios que ingresan a la entidad.

Visto lo anterior el perfil de directorio activo se requiere de manera permanente en las instalaciones de la entidad, a fin de evitar congestiones, resolver problemas y dar soluciones a tiempo y así quedó establecido en la Orden de Compra No. 61377 de 2020.

Si bien el contratista ha tenido que dar apoyo, remotamente, en la resolución de problemas relacionados con Directorio activo, también es cierto que la entidad a la fecha no cuenta con un profesional con la dedicación requerida en la Orden de Compra que maneje todos los temas necesarios para el manejo de la infraestructura tecnológica de la entidad en lo que tiene que ver con la administración y gestión centralizada de los recursos de la red.

Lo que se reprocha en este proceso administrativo sancionatorio contractual es el incumplimiento de una obligación de resultado referida a disponer del perfil profesional solicitado en la orden de compra No. 61377 de 2020, es la ausencia del personal prometido; Si el personal no es puesto a disposición por parte del contratista se genera un deterioro en la prestación de servicio y producto de ello se producen los descuentos por ANS de allí la diferencia entre el personal dispuesto y el producto que ese personal está en condición de producir; sin embargo la imputación esta referida a una obligación insatisfecha, la ausencia de un profesional en los términos dispuestos por el acuerdo marco de precios.

La mora no es un retardo culposo, es una condición objetiva de incumplimiento; la atribución se funda sobre la realidad objetiva de no cumplir con lo que se obligó, resultado, frente a obligaciones contractuales de resultado, quien debe excusar el incumplimiento es el contratista con alguno de los eximentes que rompen el nexo imputativo pero lo que queda demostrado en el análisis realizado es que hay dificultad pero no imposibilidad de la consecución del perfil profesional, el contratista que conoce el mercado se comprometió a unos perfiles de los que no disponía y ha recurrido al mercado escaso, que asumió libremente una contingencias y no ha satisfecho su obligación

Lo anterior evidencia que existe un retardo en el cumplimiento del contratista respecto de las obligaciones 11.37, 11.45, 11.48 y Anexo Técnico toda vez que no se ha contado durante toda la ejecución de contrato con el profesional en Directorio Activo, a la fecha se tienen un aproximado de trece (13) meses sin este perfil en las instalaciones de la Superintendencia Nacional de Salud, las solicitudes de entrega del profesional no se han satisfecho con la diligencia y oportunidad correspondiente y los plazos y/o términos de entrega no se han cumplido respecto de este profesional.

**c) Profesional especialista en Comunicaciones unificadas**

El contratista en sus descargos menciona que el perfil especialista en Comunicaciones unificadas fue avalado por la supervisión con una certificación diferente a la mencionada en la Orden de Compra y que no es comprensible por qué para la presentación de los demás perfiles cuyas certificaciones poseen problemas similares, la entidad aceptó el cambio, pero no ocurrió lo mismo con el perfil en directorio activo, donde la entidad optó por iniciar procedimiento sancionatorio.

Este despacho se permite informar que el proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento da inicio atendiendo solicitud de la supervisión sustentada

en el informe de supervisión en el que se expone que existen dos (2) perfiles que no habían sido entregados por el contratista de conformidad con lo establecido en el Acuerdo Marco de Precios: Perfil de redes y el Perfil de Directorio Activo.

El perfil de especialista en Comunicaciones Unificadas que se menciona en los descargos, no se encuentra en discusión en este proceso administrativo sancionatorio, razón por la cual este despacho no se pronunciará al respecto, sin embargo, ante los hechos conocidos en el presente proceso administrativo se tomarán las acciones internas de índole administrativo y disciplinario correspondiente.

Ahora bien, si el Perfil Especialista en Comunicaciones Unificadas fue avalado por la supervisión sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Acuerdo Marco, no es en este proceso administrativo sancionatorio donde se revisará esa circunstancia.

Por las razones expuestas este despacho no se pronunciará al respecto y remitirá el presente acto administrativo a la dependencia correspondiente a fin de se realicen las investigaciones a que haya lugar.

**d) Descuentos por Acuerdo de Nivel de Servicios (ANS) VS las multas**

El contratista y garante dentro de sus descargos mencionan que no es posible que la entidad vulnere el principio del *non bis in ídem*, toda vez que al imponer una multa y estar dando aplicación a los ANS desde el mes de marzo de 2021 se estaría juzgando y castigando al contratista dos veces por el mismo hecho.

Bajo el argumento presentado, este despacho analiza la naturaleza de los ANS que son descuentos convenidos y no son sanciones y lo presenta así[9]:

El contrato estatal "*se ha erigido -desde la práctica administrativa como uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses, de ahí que también se la conciba en el derecho del orden general*"[10], y por tanto, su finalidad está orientada a la protección de los intereses generales y a la prestación de los servicios públicos, para garantizar así los fines del Estado de derecho los cuales están directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el "contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas"[11]

De allí que sea necesario, que en la configuración del contrato estatal comprenda no solo aquellas estipulaciones que la ley exige para su plena eficacia y validez, sino que también incluya aquellas que le permitan cumplir su cometido. Es decir, si bien se deben incluir aquellas que le corresponden a su esencia y naturaleza, bien pueden las entidades estatales incluir otras tendientes a salvaguardar los intereses del Estado, pues no se encuentran atadas a un clausulado limitado o taxativo de los mismos.

Esta facultad se encuentra contemplada en el inciso 3 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, al establecer que:

> ***ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL.*** *Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas*

[9] Análisis que presente la entidad de acuerdo con lo establecido en un artículo de la revista de la Universidad del Externado denominado "De la violación al principio non bis in ídem en la aplicación de multas en supuestos donde hay cláusulas de descuento por indicadores de calidad en los contratos estatales"

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2008, exp. 17.009.

[11] Sentencia 713 de 2009 Corte Constitucional

> *civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*
> *(…)*
>
> *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.*
>
> *(…)*

De lo anterior se infiere que a las entidades estatales les asiste un derecho de libre configuración contractual relativo, que se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad y cuyo límite no es otro, sino el principio de legalidad.

Por tanto, la inclusión de cláusulas como Acuerdos de Nivel de Servicios e imposición de multas no solo cumpliría con el principio de legalidad que rige la Administración Pública, sino que también tendría como propósito garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y así alcanzar los objetivos estatales, desarrollar las funciones que les son propias y la misión que le ha sido confiada.

Bajo la anterior premisa, cada vez más son los contratos estatales en los que se incluyen los descuentos por Acuerdos de Nivel de Servicios. Dicha deducción corresponde al desarrollo defectuoso del contratista en la ejecución del objeto del contrato, esto es por debajo de los parámetros definidos en el mismo plexo contractual como mínimos que deben asegurarse en el desarrollo del negocio.

En ese sentido, Vassallo Magro e Izquierdo de Bartolomé, han considerado que:

> *Si el contrato entre el sector público y el sector privado establece, originalmente, una serie de indicadores de calidad de tal manera que el consorcio privado puede obtener una cierta recompensa por operar la infraestructura mejor, dicho consorcio privado se esmerará en diseñar, construir, mantener y operar la infraestructura correspondiente, de modo que preste el mejor nivel de servicio posible. De ese modo, se consigue alinear los beneficios sociales y los privados*[12]

Razón por la cual se puede afirmar que este tipo de cláusulas fungen como mecanismos de persuasión e incentivos idóneos capaces de lograr un cumplimiento más efectivo y eficiente de las obligaciones a cargo del contratista, acercándose a una forma para mantener el equilibrio entre las prestaciones recíprocas dispuestas en el contrato. Son cláusulas con una naturaleza jurídica persuasiva tendiente a mantener el equilibrio entre las obligaciones contractuales.

El sistema de incentivos y desincentivos operan para que bajo cálculos de racionalidad económica el contratista calcule en relación costo eficiente que le sale mejor: cumplir con calidad o rebajar la calidad, si el costo evitado es menor que el descuento incurrirá en el primer; por el contrario si el descuento es mayor desistirá de un defecto en calidad porque su remuneración reducirá sin ser suficiente para enjugar el descuento.

Por su parte, se encuentran las multas como figuras que buscan apremiar al contratista frente al cumplimiento de una obligación morosa, tal como lo establece el artículo 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

---

[12] J. M. VASSALLO MAGRO y R. IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, op. cit., p. 109.

Una vez impuesta la multa, nace para el deudor la obligación de pagar una suma de dinero que es distinta a las obligaciones contractuales propiamente dichas; representando así, una carga adicional originada de una situación de mora o incumplimiento parcial, por la que el contratista incumplido debe responder. Así pues, el contratista no solo tendrá que responder por las obligaciones originales nacidas del contrato, sino que además deberá pagar la suma de dinero impuesta a título de multa.

Así lo ha determinado en varios pronunciamientos el Consejo de Estado al determinar que:

> *"(...) la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-. (...)*[13]

Se tiene entonces que la naturaleza jurídica de la multa es netamente apremiante, conminatoria, correctiva o sancionatoria.

De lo expuesto, se observa que los descuentos por Acuerdos de Nivel de Servicios establecidos en los contratos difieren de las cláusulas sobre imposición de multas, toda vez que las primeras pretenden no reconocer aquello que no se realizó en los términos del contrato, y las segundas buscan apremiar al contratista frente a un incumplimiento de sus obligaciones.

Los descuentos por Acuerdos de Nivel de Servicio no pretenden penalizar, lo que buscan es evitar que el contratista reciba su remuneración íntegra. En otras palabras, se busca evitar un enriquecimiento injustificado por parte del contratista, pues en todo caso la deducción será resultado directo de un incumplimiento en los parámetros de calidad y de prestación de servicios previstos en el contrato. Una actuación en contrario, es decir, el reconocimiento integral de la remuneración sin descuentos por incumplimiento en los indicadores de calidad y prestación de servicio atentaría gravemente contra el interés general que viene inmerso en los contratos estatales. La incorporación de los descuentos por acuerdos de nivel de servicio tiene como fin no pagar ni reconocerle al contratista aquello que no prestó en los términos exigidos en el contrato.

Los descuentos por Acuerdos de Nivel de Servicios no tienen una función sancionatoria sino resarcitoria, en el sentido que buscan equilibrar las prestaciones del contrato ante los eventos de incumplimiento de las especificaciones de calidad y prestación de servicio definido en el contrato y ello se ve reflejado en no exigir el cumplimiento del procedimiento en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la imposición de lo estos, toda vez que no estamos frente a una cláusula con naturaleza sancionatoria, como sí lo son las cláusulas sobre imposición de multas.

De allí que el hecho de haber aplicado Acuerdos de Nivel de Servicios en la facturación del contratista en los meses de enero a noviembre de 2021, tal como se refleja en las pruebas allegadas en los descargos, y con posterioridad se impone, una multa por incumplimiento parcial no vulnera el principio y garantía constitucional del non bis in ídem, de que trata el artículo 1 del CPACA, que prohíbe sancionar dos (2) veces a una persona por los mismos hechos. Para que operara la prohibición constitucional de sancionar dos (2) veces a una persona por los mismos hechos, se deberá ostentar la misma naturaleza jurídica tanto para los descuentos por Acuerdos de Nivel de Servicio como para las multas, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, Sala de lo

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009.

Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de noviembre de 2001 expediente 6075, en el que consideró:

> *"(…) no implica que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza, como ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario público incurre en el delito de peculado, conducta esta que puede dar lugar no solo a una sanción penal, sino también a una disciplinaria (destitución) y a una administrativa (responsabilidad fiscal). Es decir, que la prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza.*

Se tiene en consecuencia que la Superintendencia Nacional de Salud puede realizar las respectivas deducciones por Acuerdos de Nivel de Servicios siguiendo los lineamientos fijados en el respectivo contrato, y a su vez, imponer la multa siguiendo el procedimiento exigido en la Ley. Todo ello, con el fin de salvaguardar los intereses superiores inmersos en el contrato estatal, así como, proteger y garantizar los derechos de los usuarios.

**I. E**
**N CUANTO A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR EL GARANTE**

**a) Aplicación del principio de proporcionalidad**

El garante en sus descargos solicita a la Entidad acudir al principio de proporcionalidad y tasar o "dosificar" la multa impuesta atendiendo lo cumplido por el Contratista y las circunstancias exógenas a su voluntad.

La posición del Consejo de Estado que asume este despacho tiene como respaldo legal el código civil y el código de comercio que para el presente caso son aplicables dada la remisión expresa que hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en donde informa que los contratos que celebren las entidades se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley y para la materia que nos ocupa, el contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020/orden de compra No. 61377 de 2020 se rige bajo las normas de derecho privado en razón a que los elementos del contrato administrativo siguen siendo los mismos que en el derecho privado como son: el consentimiento, objeto y causa; y los efectos de las obligaciones son las mismas del código civil y del comercio.

Los artículos 1596 del Código Civil y el 867 del Código de Comercio señalan respecto a la rebaja de la pena y clausula penal:

Código Civil:

> *"ARTICULO 1596. 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."*

Código de Comercio:

> *"ARTÍCULO 867. CLÁUSULA PENAL. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*
>
> *Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.*
>
> *Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la*

> *considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."*

Consecuente con la normatividad enunciada, la sentencia con radicado No. 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17009) del 13 de noviembre de dos mil ocho (2008) cuyo Consejero Ponente es el Doctor Enrique Gil Botero, señala:

> *"Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva."*
> "(…)"

En otro aparte dice:

> *"En el caso objeto de la presente controversia, es posible la reducción de la sanción impuesta toda vez que, como se advirtió, la administración modificó el porcentaje de incumplimiento del demandante, el cual resultó inferior al inicialmente calculado, con la aclaración de que el incumplimiento del contratista sí se presentó, aunque en menor medida. Pero tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la sala en asuntos similares[14]."*
>
> *"Se debe resaltar lo expuesto en la providencia en relación con la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ejercicio del poder sancionatorio de la administración, pues esta potestad -que de acuerdo al Estado Social de Derecho, tiene limitaciones- puede ser valorada por el juez, quien determinará si se ajusta o no a los postulados de la justicia y la equidad, propios de las actuaciones del Estado."*

Lo anterior nos enseña que, efectivamente, en caso de incumplimiento de un contrato en el cual se pactó la cláusula penal o al que le apliquen multas, no necesariamente se debe imponer el valor total de la pena pactada, sino una suma proporcional, siempre que se hubiese ejecutado parte del contrato y que el mismo se hubiera recibido.

Finalmente, la mencionada sentencia informa que:

> "(…)
>
> *La Sala entiende que los calificativos de incumplimiento "total" o "parcial", que usan las partes del proceso, no son necesarios para definir el derecho a cobrar la cláusula penal pecuniaria, pues lo que se debe verificar es si se cumplieron o no las obligaciones pactadas, de manera que si alguna(s) de ellas no se ejecutaron esto es suficiente para declarar el incumplimiento del contrato."*

En consecuencia, este Despacho estima pertinente los descargos del garante respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad en la sanción impuesta al

[14] En sentencia de 20 de octubre de 1995, Exp. 7757, la sala señaló: "(…) En principio, entonces, "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio" (art. 1599 del C.C..), lo cual releva en este caso a la administración de la carga de probar el perjuicio que estaría a su debe (sic) en condiciones normales; es lo que se conoce como el efecto evaluativo de la cláusula penal. La excepción que -se repite- obedece a criterios de justicia, prescribe que, si bien la cláusula penal actúa como mecanismo de evaluación del daño, sin necesidad de pruebas adicionales, cuando el deudor ha cumplido parcialmente la obligación principal y ha sido recibida por el acreedor, el juzgador reducirá su monto atendiendo a la equidad". (La reducción proporcional de la pena tiene su fundamento en los arts. 1596 del C.C. y 867 del C. de Co.)

contratista, respecto de la aplicación de multas, toda vez que, como se analizó, uno de los perfiles por los que inicio esta actuación fue entregado por el contratista durante el desarrollo de este proceso administrativo sancionatorio.

**b) Aplicación de la compensación:**

El garante en sus descargos menciona que se debe dar aplicación a la compensación en caso de existir saldos a favor del contratista para lo cual allega copia de las condiciones generales de la póliza a fin de demostrar que en el contrato de seguro se proveen la aplicación de la compensación.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos que celebren las entidades se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley, por tal razón para que este despacho analice las compensaciones a las que se refiere el garante en sus descargos es necesario remitirnos al título XVII del Código civil especialmente en el artículo 1714 y 1715:

> ***"ARTICULO 1714.*** *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.*
>
> ***ARTICULO 1715.*** *La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:*
>
> *1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
> *2.) Que ambas deudas sean líquidas; y*
> *3.) Que ambas sean actualmente exigibles.*
> *Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor."*

El artículo 1714 provee que la compensación es uno de los modos de extinción de las obligaciones, que opera cuando dos (2) personas son deudoras una de otra, recíprocamente. A su vez, el artículo 1715 instituye que esta figura opera por ministerio de la ley y aun sin el consentimiento de los deudores, de tal forma que es posible disolver las deudas recíprocas hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento en que una y otra reúnen las calidades mencionadas allí.

Pero, además, la doctrina asegura que este modo de extinguir las obligaciones parte de un supuesto necesario y claro: la existencia de deudores recíprocos de géneros homogéneos.

Ahora bien, la Ley 1150 de 2007, "*por medio de 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*", dispuso en el parágrafo del artículo 17 lo siguiente:

> ***"PARÁGRAFO.*** *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."*

De la simple lectura de la norma, se advierte que esta tiene fundamento en los principios constitucionales de legalidad y debido proceso que rigen la contratación estatal y con ella se confiere a las entidades estatales amplitud de mecanismos (medios) para la recuperación de las multas, pues no solamente señala que se puede acudir "entre otros a los mecanismos de", es decir, no limitados a los enumerados en la norma, sino que reitera además que la entidad se podrá auxiliar de "cualquier otro medio" para obtener el pago.

La finalidad de la norma transcrita es que los medios que se utilicen, enunciados o no en la referida disposición, deben tener por objeto hacer efectiva la multa, o, como se señala en la parte final del mismo parágrafo, obtener su pago y se debe entender por pago lo señalado el artículo 1627 del Código Civil, *"la prestación de lo que se debe",* siendo la prestación debida en el caso de las multas, la suma de dinero a cargo del contratista en virtud de la sanción impuesta[15].

Precisamente, las opciones utilizadas en la norma como referentes, para el caso concreto la compensación, persiguen la satisfacción de la multa, la cual operará contra "las sumas adeudadas al contratista" y en virtud de ello este despacho darán uso de dicho mecanismo.

Una vez revisados los estudios previos que dieron origen a la Orden de Compra No. 61377 de 2020 se observa que la Superintendencia Nacional de Salud pagará al Contratista el valor del contrato de acuerdo con la cláusula 12 -Facturación y Pago- del Acuerdo Marco de Precios de mesa de servicios No. CCE-183-AMP-2020, la cual contempla:

> *(a) La Entidad Compradora es responsable de verificar al momento del pago si el Proveedor es auto-retenedor y una vez realizado el pago debe remitir al Proveedor el respectivo certificado o soporte de pago que indique las retenciones si así las hizo, dentro de los 30 días calendario siguientes al pago.*
>
> *(b) La Entidad Compradora es responsable de pagar las facturas al Proveedor dentro de los treinta (30) días calendario siguientes de la presentación de la factura.*
>
> *(c) El Proveedor debe informar a Colombia Compra Eficiente las demoras en el pago de sus facturas.*
>
> *(d) El proveedor deberá entregar la documentación solicitada por la entidad compradora junto con su factura al supervisor delegado por la entidad a la Orden de Compra con el fin de iniciar el proceso de aprobación del pago".*

En virtud de lo expuesto y teniendo en cuenta que el contratista mensualmente hace entrega de su facturación para el pago de los servicios prestados en el mes, se realizará la compensación, con la disminución del pago en su facturación.

**12. T**

**ASACIÓN**

La posición del Consejo de Estado que asume esta Ordenación tiene como respaldo legal el Código Civil y en el Código de Comercio que para el presente caso son aplicables dada la remisión expresa que hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en donde informa que los contratos que celebren las entidades se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley y para la materia que nos ocupa, el Contrato de prestación de

[15] Como señala Joserand *"pagar es ejecutar la prestación misma a que uno está obligado",* siendo las demás formas de extinción de la obligación situaciones que tienen un carácter *"accidental, anormal, inesperado".* (JOSERAND, Louis. Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América – Bosch y Cía Editores, Buenos Aires, 1950, p. 662.)

servicios No. 547 de 2020/ Orden de Compra No 61377 de 2020 se rige bajo las normas de derecho privado en razón a que los elementos del contrato administrativo siguen siendo los mismos que en el derecho privado como son: el consentimiento, objeto y causa; y los efectos de las obligaciones son las mismas del código civil y del de comercio.

La sentencia con radicado No. 250002326000200201217 01 (36128) del 11 de abril de 2019 cuya consejera ponente es la Doctora María Adriana Marín, señala que:

> *"La cláusula penal pactada en un contrato como sanción debe* ***guardar proporción con el mayor o menor grado de incumplimiento de la contratista****, dado que, por su carácter sancionatorio, la imposición de dicho pago requiere ajustarse siempre al principio de proporcionalidad.*
>
> *(…)"* (negrilla fuera del texto original)

De conformidad con los informes (pruebas aportadas por el contratista y garante) y el informe del supervisor y tras el análisis del incumplimiento imputado y los argumentos de defensa del contratista y el garante se acreditó de forma suficiente el incumplimiento parcial del contrato que afectaron de forma transversal la ejecución del mismo por la falta de un profesional especializado en Directorio Activo.

Ahora bien, el Acuerdo Marco de Precios de Mesa De Servicios No. CCE-183-AMP-2020 celebrado entre la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente y (i) UT Sinergy Microhard, (ii) UT PS & MC, (iii) Compañia Colombiana De Servicios De Valor Agregado y Telemáticos COLVATEL S.A. E.S.P, (iv) INDRA Colombia SAS, (v) COLSOF, (vi) UT Gestión ITO, (vii) Unión Temporal BPM & Stefanini CCE, (viii) COMWARE SA, (ix) Axity Colombia Sociedad Por Acciones Simplificadas, (x) Selcomp Ingenieria S A S, (xi) COMSISTELCO SAS; (xii) Sonda de Colombia SA en la cláusula 19 establece que:

> *"**Cláusula 19 Multas y Sanciones***
>
> *Las partes pactan las siguientes multas y sanciones imponibles al Proveedor por el incumplimiento declarado por Colombia Compra Eficiente:*
>
> *(…)*
>
> *19.3 Multas competencia de las Entidades Compradoras*
>
> *Las Entidades Compradoras podrán imponer al Proveedor multas de hasta el 10% del valor de la Orden de Compra, cuando el Proveedor incumpla alguna de las obligaciones del Acuerdo Marco contenidas en la Cláusula 11 Obligaciones de los Proveedores, en los numerales 11.33 al 11.75*
>
> *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 Instrumento de Agregación de Demanda 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 Instrumento de Agregación de Demanda y de las Órdenes de Compra.*

Como se observa, la entidad podrá imponer multas hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra. Ahora bien en el informe de supervisión que dio origen al presente procedimiento administrativo sancionatorio se menciona que "*De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 19.3, el porcentaje que pueden imponer las Entidades compradoras por concepto de Multas es hasta el 10% del valor del contrato, en ese sentido, y como quiera que no existe una fracción por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación, se dará aplicación al 10% del valor total del contrato, esto es, la suma de* ***CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE ($162.580.683,46)*****"**, por la no entrega de dos (2) perfiles establecidos en la Orden de Compra No. 61377 de 2020, esto es el perfil especializado en Directorio Activo y el perfil especializado en redes.

Sin embargo, durante el análisis probatorio realizado por este despacho se evidenció la entrega de uno de los dos (2) perfiles, pues el 17 de agosto de 2021 el contratista pone a disposición de la entidad el perfil especializado en redes y el supervisor impartió su aprobación, razón por la cual, y en atención al principio de proporcionalidad, la entidad solo impondrá como multa la suma de $81.290.342 equivalente al 50% del 100% del valor total de la multa dispuesto en el Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicio.

De lo anterior, se tiene entonces lo siguiente:

| VALOR DE LA ORDEN DE COMPRA | 10% DEL VALOR DEL CONTRATO – MULTA PARA DOS (2) PERFILES | VALOR DE MULTA PARA UN PERFIL |
|---|---|---|
| $ 1.625.806.834,67 | $ 162.580.683,47 | $ 81.290.342 |

En virtud de las consideraciones expuestas, el Secretario General ad hoc de la Superintendencia Nacional de Salud,

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** que **INDRA COLOMBIA SAS** identificada con NIT. 830.013.774-1, representada legalmente por **WILLIAMS ALEXANDER BRETO MARTÍNEZ**, identificado con C.E No.683018, ha venido incumpliendo el Contrato de Prestación de Servicios No. 547 de 2020/Orden de Compra No. 61377 de 2020 celebrado con la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el cual tiene por objeto "*Prestar los servicios de BPO-mesa de servicio para la SNS, bajo el Acuerdo Marco de Precios que se encuentre vigente*".

**ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER** al contratista **INDRA COLOMBIA SAS,** sociedad identificada con NIT. 830.013.774-1, representada legalmente por Williams Alexander Breto Martínez identificado con C.E No.683018 la multa prevista en la cláusula 19 del Acuerdo Marco de Precios de Mesa de Servicios No. CCE-183-AMP-2020, por la suma de **OCHENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE ($81.290.342)**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR EL SINIESTRO** de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, este acto administrativo constituye el siniestro del incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios No. 547 de 2020/Orden de Compra No. 61377 de 2020, el cual está cubierto por la póliza de cumplimiento contenida en la garantía de seguros No. 2410 emitida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., cuyo beneficiario es la Superintendencia Nacional de Salud con NIT. 860.062.187-4.

**PARÁGRAFO:** Para hacer efectivo el pago de la multa dispuesta, se procederá conforme el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y el valor antes mencionado será descontado de los saldos a favor del contratista, si los hubiere.

**ARTÍCULO CUARTO:** EL CONTRATISTA deberá realizar el pago en el Banco Agrario, en la Cuenta No. 300700011459 dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo. El contratista deberá remitir copia del pago a la Dirección de Contratación de la Superintendencia Nacional de Salud.

**PARÁGRAFO:** Pasado el término dispuesto en este artículo, la entidad, no habiendo recibido el pago por parte del contratista, procederá a realizar la **COMPENSACIÓN** de las sumas adeudadas al contratista con la disminución de saldo en su facturación, si los hubiere.

**ARTÍCULO QUINTO:** De no acreditarse el pago de la multa por parte de **INDRA COLOMBIA SAS** en el plazo concedido y no habiendo podido la entidad, compensar las sumas adeudadas al contratista, la Aseguradora **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** dispondrá de un término de diez (10) días hábiles siguientes para que proceda al pago de la multa por la suma de **OCHENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE ($81.290.342)** y deberá hacerse efectivo en el Banco Agrario, en la cuenta No. 300700011459**.** Dicho término correrá a partir del día siguiente al vencimiento del plazo concedido al contratista para el pago.

**ARTÍCULO SEXTO:** En el evento que el contratista o su garante no realicen el pago mencionado en los artículos anteriores en el tiempo estipulado, la Entidad procederá a realizar el cobro por Jurisdicción Coactiva de las sumas no pagadas.

**ARTÍCULO SÉPTIMO: COMPULSAR** copias a la Oficina de Control Interno Disciplinario para que se adelanten las investigaciones a que haya lugar, respecto de los descargos presentados por el contratista referentes a la validación de uno de los perfiles exigidos en la Orden de Compra No. 61377 de 2022 - Acuerdo Marco de Precios No. CCE-183-AMP-2020.

**ARTÍCULO OCTAVO:** Una vez ejecutoriado el presente acto administrativo y de conformidad con el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto No. 019 de 2012, se publicará en el SECOP y se comunicará a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación.

**ARTÍCULO NOVENO:** De conformidad con el literal c) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y el numeral 1° del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, se entiende notificada esta decisión en audiencia, frente a la cual procede el recurso de reposición, que se interpondrá, sustentará y decidirá en esta misma audiencia.

**ARTÍCULO DÉCIMO:** La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Dada en Bogotá D.C., a los 10 días del mes 05 de 2022.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Continuación de la resolución, **Por la cual se resuelve la imposición de una multa a la orden de compra No. 61377/ contrato de prestación de servicios No. 547 de 2020, celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud e Indra Colombia SAS**

Firmado electrónicamente por:
Andres Evelio Mora Calvache

Andres Evelio Mora Calvache
Secretario General Ad Hoc

Proyectó: Marcela Ariza Anaya
Revisó: Luz Dary Sanchez Gutierrez -- Diana Jimena Ramirez Barrera
Aprobó: Andres Evelio Mora Calvache