



Hoja No. 1 Resolución No. DESAJARR21-59 del 29 de enero de 2021

Resolución No. DESAJARR21-59 del 29 de enero de 2021
“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. DESAJARR21-58 del 28 de enero de 2021.”

El Director Seccional de Administración Judicial de Armenia Quindío, en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales y en especial las conferidas en la Resolución No. 7025 de 31 de diciembre de 2019 "POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL", y en aplicación de normas contenidas en la ley 80 de 1993, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y,

CONSIDERANDO

- a) Que la Dirección Seccional de Administración Judicial de Armenia Quindío, mediante auto No. 01 del 22 de enero de 2021, dio apertura al proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de la orden de compra No. 59254 de noviembre 21 de 2020 suscrita con la unión temporal Biolimpieza.
- b) Que en desarrollo del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se citó al proveedor – UT BIOLIMPIEZA y al garante – SEGUROS DEL ESTADO S.A., a audiencia para debatir el PRESUNTO INCUMPLIMIENTO en la ejecución de la orden de compra No. 59254 de 2020, fijando como fecha para la celebración de la misma, el día 27 de enero de 2021 a las 2:30 p.m.
- c) Que, agotado en debida forma el trámite de la audiencia, mediante Resolución No. DESAJARR21-58 del 28 de enero de 2021, se declaró el incumplimiento parcial de la orden de compra No. 59254 de 2020, se constituyó el siniestro de incumplimiento y se hizo efectiva la imposición de la multa pactada en la cláusula 19.2 del Acuerdo Marco de Precios para el suministro del Servicio Integral de Aseo y Cafetería por parte Entidades Compradoras CCE-972-AMP-2019.
- d) Que contra la mencionada resolución procedía el recurso de reposición, el cual debía interponerse y sustentarse en la misma audiencia, conforme lo expuesto en el artículo 86 ibidem.
- e) Que la apoderada de la compañía Seguros del Estado, presentó recurso de reposición, sustentándolo en desarrollo de la diligencia, con los argumentos plasmados en el acta levantada fruto de lo acontecido en la audiencia, que hacen parte del expediente del proceso administrativo sancionatorio.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MULTA Y DIFERENCIA FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

Se tiene perfectamente claro por parte de la entidad, la naturaleza jurídica de la multa, así como su diferencia respecto a la cláusula penal. Es conocedora de la jurisprudencia citada por la recurrente y en la parte considerativa de la Resolución por medio de la cual se declara el incumplimiento, la Dirección Seccional sustentó su decisión en una de las reiteradas sentencias que clarifican la naturaleza de los diferentes tipos de sanciones a que se pueden ver abocados los contratistas frente al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

II. CUANTIFICACIÓN DE PERJUICIOS DEL INCUMPLIMIENTO EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS

Se debe aclarar a la recurrente, que se realiza una interpretación que no corresponde a lo señalado en la norma que regula el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, regulado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Como se puede observar de la simple lectura de su primer inciso, el cual se procede a citar:



Hoja No. 2 Resolución No. DESAJARR21-59 del 29 de enero de 2021

“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. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)”

Para la entidad es claro que la cuantificación de perjuicios se debe realizar acorde con la naturaleza jurídica de la sanción a imponer, lo que determina la necesidad de su cuantificación, pues, dependiendo de la sanción, esto puede ser procedente o no, tal y como lo indica Colombia Compra Eficiente¹ y que se cita a continuación:

“De acuerdo con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 la Entidad Estatal tiene el deber de identificar y cuantificar los perjuicios que le pueda causar el incumplimiento de su contratista. La cuantificación del perjuicio se llevará a cabo de acuerdo con las particularidades propias de cada incumplimiento. Si de dicho incumplimiento, la entidad concluye que no se deriva un perjuicio económico, no podrá hacer efectiva la cláusula penal si esta fue pactada, toda vez que su naturaleza corresponde a una estimación anticipada de perjuicios, y no puede por esta vía indemnizar un perjuicio que no se ha causado. En consecuencia, la Entidad Estatal podrá declarar el incumplimiento sin hacer efectiva la cláusula penal.”

Así las cosas, tal y como se indicó en la Resolución recurrida, la entidad atendiendo el tipo y carácter de incumplimiento que se probó durante el proceso, a cargo del contratista, determinó procedente imponer, dentro de las medidas contempladas en el Acuerdo Marco de Precios, el cual fue aceptado en el momento de suscripción por parte del proveedor, la multa, como un instrumento de carácter conminatorio, para lograr el cumplimiento del contratista de sus obligaciones pendientes de satisfacción frente a la orden de compra. **En consecuencia, atendiendo el carácter de la sanción impuesta, no había lugar a realizar tasación de perjuicios en la resolución por la cual se declaró el incumplimiento y que es objeto de reposición.**

Igualmente se precisa que con la multa impuesta se persigue precisamente la finalidad de apremiar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y evitar futuros incumplimientos, de ahí que la medida impuesta resulte idónea en este escenario, en el que pese a haber cesado algunos incumplimientos, persisten obligaciones insatisfechas que ponen en riesgo la debida ejecución del contrato.

Ante concepto solicitado a la Unidad de Compras Públicas de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial sobre el particular, se conceptuó lo siguiente:

“De la lectura integral y analizado el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 sistemáticamente no es posible evidenciar que para realizar la citación sea necesario cuantificar los perjuicios derivados del incumplimiento, en la citación, se debe enunciar son las posibles consecuencias que podrían derivarse para el contratista, es decir que, se debe manifestar claramente que una vez concluido la entidad mediante acto motivado podrá imponer una multa o hacer efectiva la cláusula penal.

Teniendo claro que no era necesario estimar o tasar los perjuicios derivados del presunto incumplimiento en la citación, es plausible preguntarse cuales son los requisitos o presupuestos jurídicos para que proceda la imposición de una multa y especialmente establecer si la cuantificación de los perjuicios es uno de ellos.

En primer lugar, la multa debe estar pactada en el contrato, en efecto, se constató que en el acuerdo marco de precios -AMP- fue acordada y además la entidad compradora tiene la facultad de imponerla.

¹
<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/23976#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20art%C3%ADculo,particularidades%20propias%20de%20cada%20incumplimiento.>



Hoja No. 3 Resolución No. DESAJARR21-59 del 29 de enero de 2021

*En segundo lugar, la multa debe perseguir su objetivo conminatorio del cumplimiento del contrato de conformidad a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Anteriormente, “la multa había sido definida como de contenido coercitivo, hoy se concibe como una medida conminatoria **que en lugar de perseguir una finalidad indemnizatoria**, persigue que el contratista enerve el retraso de una obligación contractual, con la finalidad de evitar un posible incumplimiento contractual” (DEIK ACOSTAMADIEDO, CAROLINA. POTESTADES EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS ESTATALES pág. 157).*

*En tercer lugar, a pesar de que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala que “La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”, es decir que, bajo esta norma se prevé como una potestad de la entidad dar por terminado o no el proceso de incumplimiento ante el cumplimiento, lo cierto es que el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala que “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**” en ese orden de ideas, el tercer requisito será que no haya cesado la situación de incumplimiento pese a los requerimientos de la entidad.*

En cuarto lugar, el contrato debe estar en ejecución, puesto que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto, se establece un límite temporal a las multas por su misma finalidad, pues de nada sirve conminar al contratista si el plazo ya feneció.

En quinto lugar, se debe verificar que quien invoca – entidad estatal- no haya dado lugar al incumplimiento, es decir, que la omisión o retraso en la prestación debida no haya sido originada en una actuación u omisión de la entidad contratante, ni fuese generado por fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero.

En sexto lugar, se debe constatar el incumplimiento cierto y real, para ello es necesario aclarar que tal como quedó redactada la cláusula en el AMP se impone ante cualquiera de los “tres tipos de incumplimiento – (i) omisión de la prestación debida, (ii) cumplimiento tardío o (iii) cumplimiento defectuoso” (RODRÍGUEZ LIBARDO, EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Pág 151)

En síntesis en el proceso administrativo sancionatorio para la imposición de la multa los anteriores son los requisitos procesales establecidos por la jurisprudencia y la doctrina especializada sobre el tema que deberán probarse para su imposición, como se observa, no es un requisito establecer o cuantificar los perjuicios derivados del incumplimiento puesto que como se expresó la multa tiene carácter conminatorio y no indemnizatorio, en tanto, lo que persigue es el cumplimiento más exacto de las obligaciones y no la indemnización de perjuicios para la entidad, de hecho, el dinero recibido o cobrado por la Seccional a título de multa deben ser depositados en las cuentas del Tesoro Nacional.

Tanto es que no tiene naturaleza indemnizatoria que al imponerse la multa, el contratista queda obligado al pago de una suma de dinero, la cual no exonera al cumplimiento de las obligaciones incumplidas, -porque no la reemplaza- Y es por ello que la multa lo disuade de incumplir o cumplir tardíamente o imperfectamente la obligación.”

III. INCUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

Hace parte del expediente del proceso administrativo, citación enviada a la compañía aseguradora, en la que se puede constatar el cumplimiento a cabalidad de todos y cada uno de los puntos requeridos en la mencionada norma, a saber: (i) “En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.”; (ii) “En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad



Hoja No. 4 Resolución No. DESAJARR21-59 del 29 de enero de 2021

posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.” Y (iii) “En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; (...)”

De igual forma se hace énfasis en la parte considerativa de la Resolución recurrida, respecto a las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación y que se procede a citar para su mayor entendimiento:

“Así mismo, de conformidad con lo pactado en las cláusulas 19.2 y 20 de la referida orden de compra, le asiste a la entidad la facultad de imponer las siguientes sanciones, fruto de los incumplimientos expuestos:

- Cláusula 19.2 del Acuerdo Marco de Precios:

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

- Cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios:

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

Como se puede observar, conforme la redacción de las cláusulas del Acuerdo Marco de Precios, se presentan dos posibles consecuencias para el proveedor en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones específicas referidas en los numerales 11.28 al 11.66, por lo que se entiende por esta entidad, que le asiste la potestad de imponer una o la otra, o ambas, a falta de estipulación contractual específica; lo anterior sin perjuicio de la facultad que le asiste a la entidad de aplicar lo dispuesto en el literal r) de la cláusula 6 del Acuerdo Marco de Precios que dispone:

“(...) r) Si la Entidad Compradora está al día en los pagos de las Órdenes de Compra puede dar por terminada la Orden de Compra unilateralmente, cuando:

1. El Proveedor está en mora de diez (10) días calendario, de cumplir las obligaciones de pago de salario, prestaciones sociales y parafiscales de acuerdo con lo establecido en los numerales 11.32 y 11.33 de la cláusula 11 del Acuerdo Marco.

2. El Proveedor está en mora de diez (10) días calendario, de cumplir las obligaciones de entregar los Bienes de Aseo y Cafetería de acuerdo con el numeral 11.43 de la cláusula 11 del Acuerdo Marco.

El procedimiento para llevar a cabo dicha facultad será de conformidad con lo establecido legalmente para declarar la caducidad del contrato.” (negrilla y rayas fuera de texto)

Es así como para la Entidad era totalmente claro desde el inicio de la actuación administrativa, como se señaló en la resolución recurrida, que podría imponer una, algunas, o todas las consecuencias pactadas por el contratista y Colombia Compra Eficiente en el Acuerdo Marco de Precios suscrito, ante el incumplimiento de las obligaciones expresamente señaladas en las mencionadas cláusulas. No obstante, era totalmente claro también, que solo se podía determinar cuál sería la sanción a aplicar, una vez llevado a cabo el procedimiento sancionatorio, con el pleno acatamiento y garantía de aplicación del derecho de defensa y contradicción tanto del contratista como de su garante. Una vez culminado el procedimiento y escuchadas las partes en audiencia pública, se determinó por



Hoja No. 5 Resolución No. DESAJARR21-59 del 29 de enero de 2021

parte de la entidad, solo la imposición de la multa, como ya se señaló, con el fin de conminar al contratista al cumplimiento de lo debido. Lo anterior para significar que no era posible para la entidad, determinar la sanción final a imponer desde la citación, pues la misma solo podía devenir, acorde con lo establecido en el desarrollo de la audiencia, después de escuchar los descargos presentados por la parte incumplida, así como por su garante, para efectos de tasación e imposición.

IV. CONCEPTO DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPECTO A LA CUANTIFICACIÓN DE PERJUICIOS EN PROCESOS SANCIONATORIOS

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, la entidad mantendrá la decisión de imponer la multa al contratista; sin embargo, una vez analizado el concepto de Colombia Compra Eficiente respecto a la cuantificación de perjuicios en procesos sancionatorios, resulta procedente reponer parcialmente el acto administrativo recurrido, por cuanto como se señaló anteriormente, al no hacerse efectiva la sanción penal pecuniaria, ni haberse declarado un incumplimiento que comporte el resarcimiento de perjuicios, no hay lugar a afectar la garantía única de cumplimiento ante la compañía de seguros. Se cita el aparte pertinente del concepto referido:

“(...) Lo anterior también aplica para la garantía única de cumplimiento cuando se trata de un contrato de seguro en Procesos de Contratación pública, puesto que, de acuerdo con el principio indemnizatorio este solo sirve para reparar los perjuicios causados, a menos que se trate del amparo de seriedad de la oferta, en el que la Entidad Estatal puede cobrar el valor asegurado total sin que existan perjuicios de la misma proporción. En conclusión, mientras no exista un perjuicio causado por el incumplimiento del contratista no puede hacerse efectiva la garantía de cumplimiento ante la compañía de seguros a título de indemnización de dicho perjuicio, salvo la excepción señalada.”

Lo expuesto tiene sustento en el artículo 1077 del Código de Comercio que dispone:

“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.”

V. DECISIÓN

Así las cosas, de conformidad con las consideraciones expuestas, así como la normatividad y los apartes conceptuales emitidos por Colombia Compra Eficiente, se repondrá parcialmente el acto administrativo, en el sentido de retirar el artículo segundo, así como el párrafo del artículo cuarto de la Resolución No. DESAJARR21-58 del 28 de enero de 2021.

En mérito de lo anterior,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. — Reponer parcialmente y en consecuencia retirar de la Resolución No. DESAJARR21-58 del 28 de enero de 2021, el artículo segundo y el párrafo del artículo cuarto, por las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO. — Los demás artículos de la resolución recurrida continúan vigentes y se mantiene la multa impuesta al proveedor.

ARTICULO TERCERO. - La presente Resolución se notifica en audiencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a la UNIÓN TEMPORAL BIOLIMPIEZA y a SEGUROS DEL ESTADO S.A.



Hoja No. 6 Resolución No. DESAJARR21-59 del 29 de enero de 2021

ARTICULO CUARTO. — Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

ARTICULO QUINTO. - La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Armenia Q., a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021).


CARLOS ALBERTO ROCHA MARTÍNEZ
Director Seccional de Administración Judicial de Armenia Q.

Proyectó: Néstor Fabián Quintero Orozco – Adquisición de bienes y servicios
Revisó: Sandra Lorena Arias Forero – Coordinadora Asistencia Legal y Cobro Coactivo