

RESOLUCIÓN No. **0425** DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

LA SUBSECRETARIA DE GESTIÓN CORPORATIVA (E) DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE LA MUJER

En uso de sus facultades legales, en especial de las dispuestas en los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, Decreto 428 de 2013, Resolución No. 0134 del 3 de marzo de 2020 y Resolución 0418 del 13 de octubre de 2023 y acta de posesión del 14 de octubre de 2023, así como las demás normas concordantes y previo al establecimiento de:

I. CONSIDERANDOS

Que la Secretaría Distrital de la Mujer, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, mediante Resolución No. No.0402 del 3 de octubre de 2023; resolvió declarar el incumplimiento parcial del del Contrato de Prestación de Servicios No. 1015 de 2022 - Orden de Compra N°95.398 de 2022, hacer efectiva la cláusula penal en la suma equivalente a la suma de **DOS MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON TRES CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$ 2.129.276,3 M/CTE)**, valor que será descontado directamente del saldo a su favor y, declarar la ocurrencia del siniestro y en consecuencia, hacer efectiva la garantía única de cumplimiento de la póliza No. 21-44-101392361 anexo 2 de fecha 4 de mayo de 2023, expedida por Seguros del Estado.

Que el acto administrativo fue notificado en audiencia a las partes, el día 3 de octubre de 2023.

Que **PEDRO YESID BUITRAGO**, representante legal suplente de **LADOINSA LABORES DOTACIONES INDUSTRIALES S.A.S**, interpuso y sustentó el recurso de reposición en la audiencia referida, planteando los siguientes argumentos tanto en forma verbal como escrita mediante correo remitido el jueves, 5 de octubre de 2023. Los argumentos del recurrente se sintetizan de la siguiente manera: **i)** falta de competencia temporal, está de acuerdo con que la entidad cuenta con ella, pero no cuenta con competencia material porque no hay obligaciones pendientes. Adicionalmente, citó apartes del testimonio de Blanca Lucero en los cuales refuerza su argumento en el sentido que no hay insumos o servicios pendientes de entrega por parte de Ladoinsa. Aunado a lo anterior, citó soportes documentales, modificación contractual 3-2023-002447 de fecha 27-04-2023, en la cual incluye parte de la justificación referente al cumplimiento de sus obligaciones a dicha fecha. Finalmente citó informes de supervisión del 27 de abril de 2023, los del 1 al 7, presentados como requisito para pago y en los que hay manifestaciones de la supervisión de cumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del contratista. Por otra parte, citó el informe radicado: 3-2023-003445 Fecha: 27-07-2023 en el cual se expone que el balance físico es 100 % ejecutado. **ii)** Defecto fáctico por indebida valoración probatoria documentales y testimoniales lo que da lugar a una falsa motivación, en el cual argumenta la existencia de actos administrativos vigentes que no se han revocados, suspendidos o nulos en los términos del artículo 88 del CPACA. Dichos actos administrativos sirvieron de fundamento para aprobar el pago y las prórrogas. En consecuencia, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad. Los informes de supervisión del 1 al 7 no pueden tenerse como inexistentes ya que se encuentran vigentes, y son la manifestación clara y expresa de la administración. Rechazo de la prueba de solicitud de modificación contractual, Radicado: 3-2023-002447 de fecha 27-04-2023, en la cual se evidencia el cumplimiento del contrato con base en el sustento de la misma. Aunado a lo anterior, indicó que no se supera el test de contradicción en cuanto a que una cosa puede ser y no ser al mismo tiempo. Por otra parte, argumentó que nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro. Adicionalmente, argumentó el ejercicio probatorio ambiguo ya que tiene como prueba adversa el hecho del informe enviado mediante correo electrónico y que pone de presente la existencia de insumos vencidos. Igualmente, planteó la existencia de un yerro en no tener en cuenta la declaración juramentada por parte de señora Rosa Tabares, quien en su criterio informó sobre la existencia de insumos vencidos. Acto seguido, argumentó que la entidad considera equivocadamente que el contratista tiene una obligación de custodia y manejo administrativo de bienes lo cual no es cierto ya que estas funciones están asignadas a funcionarios de la entidad como lo deja ver claramente el concepto 2017EE70758 que claramente

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

indica que el control está a cargo de la oficina generadora del gasto. Por otra parte, consideró que razonadamente que existe un defecto fáctico en valoración probatoria con parcialidad del funcionario quien resuelve la controversia a su propio capricho. Finalmente, indicó que la entidad parte de una premisa que no ha estado probada en el proceso y es la existencia de insumos vencidos, no existe una prueba idónea para acreditar tal situación en el plenario, ni las cantidades ni los insumos presuntamente vencidos, no se aporta ningún informe técnico que evidencie tal situación.

Que LINA MARÍA MARTÍNEZ MOLANO en su calidad de apoderada judicial de la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A., no se hizo presente en la sesión de la audiencia programada para el día 5 de octubre de 2023, la cual tenía el propósito de escuchar la sustentación del recurso de reposición. En consecuencia, no sustentó el recurso. Cabe aclarar que la apoderada de la aseguradora fue convocada al igual que el contratista previamente al desarrollo de la sesión que tenía lugar el 5 de octubre de 2023, a partir de las 9:00 a.m., tal y como se evidencia a continuación:

Two screenshots of email delivery receipts from 'Acta de Envío y Entrega de Correo Electrónico'. The left screenshot shows a message summary with details like 'Id mensaje: 1118', 'Destinatario: juridico@segurosdelestado.com', and a table of events including 'Estampa de tiempo al envío de la notificación' and 'Notificación de entrega al servidor exitosa'. The right screenshot shows a similar summary for 'Id mensaje: 1119' and 'Destinatario: linam.martinez@segurosdelestado.com - LINA MARÍA MARTÍNEZ MOLANO Apoderada SEGUROS DEL ESTADO S.A.', with a table of events including 'Estampa de tiempo al envío de la notificación', 'Notificación de entrega al servidor exitosa', and 'El destinatario abrió la notificación'.

Que se recibieron por parte de la Dra. LINA MARÍA MARTÍNEZ MOLANO el día 05 de octubre de 2023 dos correos electrónicos en su calidad de la apoderada de SEGUROS DEL ESTADO a las 9:03 y 9:42 am en los cuales indicó:

“Respetado Dr. Luis Guillermo, Cordial saludo, por parte de Seguros del Estado respetuosamente solicitamos link para asistir a la continuación audiencia, fijada para hoy 5 de octubre a las 9:00am. (...)

Respetado Dr. Luis Guillermo Cordial saludo, conforme al correo que antecede, Seguros del Estado espero por un tiempo prudente de 40 minutos, sin que se haya suministrado el correspondiente link para participar en la audiencia, es por ello que esta Compañía Aseguradora entiende que la misma ha sido aplazada. Razón a ello agradecemos nos sea notificada la nueva fecha con la debida antelación. Cualquier aclaración adicional que requiera le será brindada por esta Gerencia de Jurídica y de Asuntos Legales puede comunicarse a la Gerencia Jurídica y de Asuntos Legales en el Teléfono 3209983569, y al correo electrónico linam.martinez@segurosdelestado.com” (Cursiva por fuera del texto)

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

Que frente a dichas solicitudes, el Dr. Luis Guillermo Flechas el día 05 de octubre de 2023 a la 1:03 pm dio respuesta en los siguientes términos:

“Respetada Dra Lina,

En relación a sus correos de fecha 5 de octubre de 2023, recibidos a las 9:03 am y 9:42 am, atentamente le informamos que previo a la realización de la audiencia el 4 de octubre a las 9:19 am, se enviaron oficios de convocatoria para la reanudación que tuvo lugar el día de hoy a las 9:00 am. De lo anterior adjuntamos la constancia de entrega y lectura del mencionado en su dirección de correo electrónico.

Cabe aclarar que en el marco de la audiencia se esperó un tiempo prudencial para que usted en representación de la aseguradora procediera a la sustentación del recurso interpuesto contra la Resolución 0402 del 3 de octubre de 2023 en el marco de la sesión de la audiencia llevada a cabo el pasado martes 3 de octubre de 2023, sin éxito dada su ausencia, en la cual el contratista si se hizo presente y rindió sus sustentó su recurso.

Para lo pertinente, se adjuntan las constancias de recepción y apertura de los correos de convocatoria a la referida reanudación de la audiencia.” (Cursiva por fuera del texto)

Que la inasistencia de la apoderada de la aseguradora no está justificada. Tal y como se indicó en los considerandos que anteceden, es claro que tanto el garante como el contratista fueron convocados con anterioridad a la sesión de reanudación del 05 de octubre de 2023), hay constancias de recepción y apertura de los mensajes (incluso leídos un día antes). Por lo cual, la afirmación realizada por la apoderada no es cierta y, perdió la oportunidad procesal para sustentar el recurso.

II. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN

1. Falta de competencia temporal

- Está de acuerdo en que se puede declarar el incumplimiento incluso después de terminado el contrato.
- No está de acuerdo en que el incumplimiento se pueda declarar si ya las obligaciones del contrato se cumplieron.
- Citó apartes del testimonio de Blanca Lucero Cuervo en el cual quedó consignado que no hay servicios o insumos pendientes por entregar.
- Citó pruebas documentales en las que se señala que el contrato se había cumplido en forma posterior a los hechos citados en el pliego de cargos del incumplimiento. Entre los cuales están: 1) Solicitud de modificación contractual Radicado: 3-2023-002447 de fecha 27-04-2023; 2) informe de supervisión el cual tiene como fecha 27 de abril de 2023; 3) Informes de supervisión 1, 2, 3, 5, 6 y 7; 5) Informe de presunto incumplimiento radicado: 3-2023-003445, del 27-07-2023.

En ese orden de ideas, la entidad asume el proceso sancionatorio sin tener en consideración lo señalado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 que condiciona la competencia sancionatoria sólo mientras se encuentre pendiente la ejecución de las obligaciones contractuales.

2. Defecto fáctico por indebida valoración probatoria documentales y testimoniales lo que da lugar a una falsa motivación.

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

- Existencia de actos administrativos vigentes que no se han revocado, suspendido o anulado en los términos del artículo 88 del CPACA y que sirvieron de fundamento para aprobar el pago y las prórrogas. En consecuencia, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad. Los informes de supervisión del 1 al 7 no pueden tenerse como inexistentes ya que se encuentran vigentes, y son la manifestación clara y expresa de la administración. Rechazo de la prueba de solicitud de modificación contractual, Radicado: 3-2023-002447 de fecha 27-04-2023, en la cual se evidencia el cumplimiento del contrato con base en el sustento de esta.
- No se supera el test de contradicción en cuanto a que *“una proposición puede ser y no ser al mismo tiempo”*.
- Nadie puede variar el comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.
- Ejercicio probatorio ambiguo ya que tiene como prueba adversa el hecho del informe enviado mediante correo electrónico y que pone de presente la existencia de insumos vencidos.
- Yerro en no tener en cuenta la declaración juramentada por parte de señora Rosa Tabares, quien en su criterio informó sobre la existencia de insumos vencidos.
- Por último la entidad considera equivocadamente que el contratista tiene una obligación de custodia y manejo administrativo de bienes lo cual no es cierto ya que estas funciones están asignadas a funcionarios de la entidad como lo deja ver claramente el concepto 2017EE70758 que indica que el control está a cargo de la oficina generadora del gasto.
- Consideramos razonadamente que existe un defecto fáctico en valoración probatoria con parcialidad del funcionario quien resuelve la controversia a su propio capricho.
- Por último, la entidad parte de una premisa *“ (...) que no ha estado probada en el proceso y es la existencia de insumos vencidos, no existe una prueba idónea para acreditar tal situación en el plenario, ni las cantidades ni los insumos presuntamente vencidos, no se aporta ningún informe técnico que evidencie tal situación”*.

- ANÁLISIS Y POSTURA POR PARTE DE LA ENTIDAD FRENTE A LOS ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

1. Falta de competencia temporal

El contratista está de acuerdo con que la entidad conserva una competencia temporal para adelantar y decidir el presente proceso administrativo sancionatorio contractual.

Ahora bien, cambia parte de su argumentación planteada inicialmente en los descargos y agrega el de falta de competencia material. Sustenta su argumento en que no hay obligaciones pendientes de ejecución y que no es dable que la entidad pueda ejercer su competencia sancionatoria sin ese requisito.

Dicho esto, para este despacho es claro que la decisión adoptada en la Resolución No. 0402 de 2023 está fundamentada, responde a un análisis probatorio y fáctico integral, ajustado a las reglas de la sana crítica y de valoración probatoria.

En ese orden de ideas, la entidad inició el presente proceso administrativo sancionatorio con base en la descripción detallada de los presuntos incumplimientos contractuales descritos desde la página 11 a la 16, radicado Orfeo 3-2023-003445 de fecha 27 de julio de 2023 del informe de presunto incumplimiento emitido por la supervisión.

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

Adicionalmente, en la Resolución No. 0402 de 2023, en efecto se desarrolló el análisis de la información presentada por la supervisión. Es así como el despacho sobre el particular indicó:

*“Por otro lado, las existencias de contratos anteriores o stock, no lo exoneraba del manejo propio de los insumos de aseo y cafetería, ya que el contratista y su personal son idóneos para el uso y disposición de estos en la ejecución del contrato. **El manejo adecuado de estos insumos era vital para una prestación cabal del servicio** contratado por parte de la entidad, **el hecho de no reportar novedades y anomalías, derivadas de una mala selección implica un cumplimiento imperfecto de sus obligaciones contractuales**, tal y como se indica en el informe de supervisión que originó el presente proceso administrativo sancionatorio contractual¹.” (...)*

Es en ese orden de ideas que la conducta debatida en el marco del proceso administrativo sancionatorio no versó sobre el cumplimiento de lo actuado por el contratista, sino por la ausencia de alerta oportuna en los términos indicados a lo largo de este acto administrativo y referente al reporte de insumos vencidos, lo cual conllevar al incumplimiento o cumplimiento tardío o imperfecto² de las obligaciones objeto del proceso sancionatorio, tal y como se indicará en el acápite correspondiente.” (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto)

Por otra parte, la citada resolución es clara en adoptar la decisión de incumplimiento parcial ya que están probados tres de los cuatro cargos enunciados en el informe de supervisión. El primero de ellos consiste en la violación del objeto del contrato, el segundo en la violación de la obligación número 11.44 y el tercero en la violación de la obligación número 11.49.

¹ *“Se precisa que una de las actividades de las coordinadoras de tiempo completo, en virtud de la función general asignada en el Acuerdo Marco de Precios, es ser la encargada de supervisar de forma permanente la prestación del Servicio Integral de Aseo y Cafetería por parte del Proveedor, y de ser el enlace de comunicación entre el Proveedor y la Entidad Compradora, y en general las funciones específicas señaladas en el Anexo 2 - Perfiles funciones y formación del personal, en virtud a lo anterior y dado lo establecido, las personas delegadas por el contratista no manifestaron en ningún momento alerta o deficiencias frente a los bienes e insumos con que contaba la entidad, máxime considerando que dicha coordinadora: Carmen Díaz, tenía la suficiente experiencia ya que era la coordinadora del anterior proveedor (ASEOS COLOMBIANOS ASEOCOLBA S.A.- No. 493-2021 - Orden de Compra No. 66587 de 2021), y quien apoyó el proceso de empalme a LADOINSA - LABORES DOTACIONES INDUSTRIALES S.A.S, y por disposición del nuevo contratista continuó bajo la nueva empresa, con el control, custodia, verificación, clasificación, dosificación, registro y suministro de los insumos de aseo y cafetería en todas las sedes de la entidad. Es de resaltar, que era deber de dichas coordinadoras, verificar que los Bienes de Aseo y Cafetería contaran con la calidad exigida en el Acuerdo Marco de Precios y que los mismos se encontraran en buenas condiciones, realizando la gestión del reemplazo de los Bienes de Aseo y Cafetería que no cumplieren con lo anterior; aspecto que no se evidenció en el desarrollo de la ejecución contractual.”* Página 4 de 19 del PDF “Informe Versión Final 3-2023-003445”

² *Consejo De Estado Radicación número 24697. En la cual se establece: “(...) en los términos que describen los arts. 14 y 18 de la Ley 80, el poder exorbitante autorizado allí existe para asumir la “**dirección general... y ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato...**”, así que esta obligación no es exclusiva de un solo instante de la ejecución, sino de todo el éter contractual, de manera que la sola circunstancia de que el contratista esté incumpliendo y con posterioridad salga de ese estado, no hace que ipso facto e ipso iure se inhiiban los poderes sancionatorios, y en general las facultades de dirección y control del contrato, pues semejante forma de ver los negocios le da la espalda a la realidad mercantil, al trato entre partes de un contrato, **porque se sabe que un contratista incumplido no deja de serlo por el hecho de que cumpla con posterioridad, pues entregar tarde no sólo es una forma de incumplir sino la prueba de ello, y si bien finalmente se entrega lo prometido**, en todo caso se hace por fuera de plazo. Ahora, si además la conducta se repite, incluso demasiadas veces, el incumplimiento no puede simplemente sanearse, porque la actitud omisiva no elimina el comportamiento tardío, que preocupa seriamente a cualquier contratante. (...)*

*(...) el cumplimiento tardío del concesionario no lo puede ver ni hacer ver la parte actora como cumplimiento de sus obligaciones, so pretexto de que al fin y al cabo entregó. Ni en el derecho contractual administrativo ni en el civil es admisible semejante pretensión, **porque tanto: i) la falta de cumplimiento de la obligación, como ir) su cumplimiento tardío, o si) su cumplimiento imperfecto, son formas de incumplimiento**, así que la conducta en que incurrió el consorcio es una infracción al contrato, cuyo acatamiento posterior no equivale a observarlo, sino que confirma que se incumplió por retardo.*

De esta manera, está demostrado que el Departamento no le declaró la caducidad a un contratista cumplido –so pretexto de que pagó, aunque tarde-; de ninguna manera!, la sanción se la impuso a un contratista incumplido, por moroso,(...)” (Negrilla y subrayado fuera del texto)

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

Ahora bien, en lo que respecta a las citas parciales del testimonio de Blanca Lucero Cuervo, las referencias efectuadas sobre los informes emitidos por la supervisión y la solicitud de modificación contractual, con los cuales pretende dejar en claro el cumplimiento de las obligaciones contractuales en cuanto a que no hay servicios o insumos pendientes de entrega. **La entidad es clara en la Resolución No. 0402 de 2023 que la ausencia de reportes o novedades sobre insumos vencidos constituye un incumplimiento de las obligaciones a su cargo y no que hay insumos o servicios pendientes por entregar.**

En lo que respecta a la argumentación enfocada en la obligación número 11.52, la entidad reitera que el cargo formulado por la supervisión NO prosperó, por cuanto no se encontró probado, SOLO prosperaron tres de los cuatro cargos. En razón a ello, los argumentos dados para acreditar el cumplimiento de la obligación número 11.52 no serán objeto de estudio.

Finalmente, el contratista en su recurso no aportó argumentos nuevos que se enfoquen en desvirtuar los cargos emitidos en el informe de supervisión ni el análisis jurídico o probatorio realizado por el despacho. Para la entidad, es claro **que la ausencia de aviso o comunicación de anomalías y novedades sobre insumos vencidos por parte de las coordinadoras del contratista y, su reporte extemporáneo, 6 meses después de iniciada la ejecución y para febrero de 2023 y posterior al requerimiento realizado por la supervisión desde diciembre de 2022**, no puede ser convalidado por la entidad y no es prueba del cumplimiento de las referidas obligaciones, con lo cual se logra fundamentar la prosperidad de los tres de los cuatro cargos señalados en el informe de supervisión.

En conclusión, NO PROSPERAN los argumentos expuestos en el acápite No. 1 del contratista relacionados con *“La falta de competencia temporal”*.

2. Defecto fáctico por indebida valoración probatoria documentales y testimoniales lo que da lugar a una falsa motivación.

Este despacho considera oportuno poner de presente que las decisiones adoptadas por la supervisión del contrato no son actos administrativos definitivos y que el único competente por parte de la entidad para que en efecto se realice un cierre o corte final de cuentas entre las partes es la ordenadora del gasto. Cabe destacar que legalmente, el Estatuto General de la Contratación, contempla momentos de cierre en los contratos estatales, tal es el caso de la liquidación del contrato o la toma de decisión en el marco del proceso contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Dicho esto, no se ha emitido acto administrativo final o de cierre de la relación negocial respecto del cual sea predicable la aplicación de la teoría de los actos propios. Bien podría la entidad en sede de liquidación advertir la existencia de circunstancias propias de un incumplimiento y, en efecto, iniciar las acciones necesarias para garantizar la prevalencia de los derechos de la administración en el marco del contrato, garantizando claramente el respeto al debido proceso del contratista.

3. No se supera el test de contradicción en cuanto a “que una proposición puede ser y no ser al mismo tiempo”. / Nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.

Referente a la asociación del test de contradicción a los informes de supervisión emitidos en el desarrollo de la ejecución del contrato versus el emitido para inicio del proceso sancionatorio, la ordenación del gasto está llamada a actuar y a investigar cualquier tipo de conducta que pueda afectar los derechos de la entidad por presuntas violaciones a las obligaciones contractuales. Tal y como se indicó previamente, los informes de supervisión no tienen el alcance de ser un paz y salvo general respecto de las obligaciones del contrato, si se advierten hechos constitutivos de

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

incumplimiento, la ordenación del gasto debe actuar y a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y a adoptar las decisiones que en derecho correspondan.

4. Ejercicio probatorio ambiguo ya que tiene como prueba adversa el hecho del informe enviado mediante correo electrónico y que pone de presente la existencia de insumos vencidos.

La valoración probatoria realizada por la entidad es integral, no se omitió del análisis ningún elemento de prueba. Aunado a ello, no tiene la razón el contratista en cuanto a que se haya valorado de forma ambigua la prueba por él citada (correo electrónico de febrero de 2023). De hecho dicha prueba pone de presente un **cumplimiento imperfecto de su obligación de reporte tardío de anomalías o novedades, como lo era la existencia de insumos vencidos**, entre las otras obligaciones incumplidas y citadas en la Resolución No. 0402 de 2023.

No cabe duda para la ordenación del gasto que el hecho que el contratista se demorara más de 6 meses en informar la existencia de insumos vencidos denota su negligencia. Sumado a lo anterior, ni siquiera en febrero de 2023 atendieron el requerimiento de la supervisión del mes de diciembre de 2022 en lo referente al levantamiento de inventario, toda vez que no hay prueba de respuesta sobre este aspecto.

5. Yerro en no tener en cuenta la declaración juramentada por parte de señora Rosa Tabares, quien en su criterio informó sobre la existencia de insumos vencidos.

Es falso, la entidad Sí valoró la declaración juramentada de la señora Rosa Tabares y sobre el particular en la Resolución No. 0402 de 2023 se indicó lo siguiente:

*“Sumado a lo anterior, del acervo probatorio se extrae la conclusión tajante del conocimiento de la existencia de los inventarios, de un manejo dado por parte de las coordinadoras en razón a lo expresado en la Declaración Juramentada de Rosa Tabares presentada por el propio contratista, en la cual se indicó: “d) Verificar el cumplimiento las actividades, nivel de servicio y resultados establecidos en el Anexo 2 del Pliego de Condiciones (SIC) (e) **Supervisar** el uso de los **Bienes** de Aseo y Cafetería por parte del personal designado, en aras de incrementar la eficiencia y efectividad de su uso (...) (g) **Verificar** que los Bienes de Aseo y Cafetería suministrados por el Proveedor **cumplan con la calidad exigida** en el Acuerdo Marco de Precios y que se encuentren en buenas condiciones. Gestionar el reemplazo de los Bienes de Aseo y Cafetería que no cumplan con lo anterior (...) Tercero: Que particularmente con respecto a la administración de insumos, si bien el control de inventarios existentes es una función propia de los funcionarios de la entidad contratante, desde el inicio de la orden de compra advertí a la señora LUCERO CUERVO que los insumos que estaban suministrando la Entidad se encontraban vencidos y los cuales no eran suministrados por LADOINSA SAS sino eran un excedente dejado por la anterior casa de aseo (SIC) (...)” (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto) Es contradictorio que el contratista en sede de descargos niegue su propio comportamiento en la ejecución de contrato, pues como se observa la señora Rosa Tabares tenía un rol fundamental – coordinadora a tiempo completo, para fines prácticos, la representación de este en la ejecución del contrato. Es ella quien reafirma las obligaciones a cargo del contratista y que se citan a lo largo del documento, leyendo claramente como cita estos verbos rectores de cada una de ellas: supervisar (bienes), verificar (calidad exigida), entre otros. No se cumplieron estas obligaciones, ya que no hay soporte documental de la ejecución del contrato que sirva como prueba de cualquier alerta oportuna sobre insumos vencidos, ya que la documental (correo e informe del mes de febrero enviada a la entidad) no fue oportuna, pasaron casi 6 meses de ejecución de contrato con algunos insumos vencidos, sin recibir alerta del contratista idóneo que la entidad contrato para tal fin.”*

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

En atención a lo anterior advierte el despacho que el contratista incurre en una contradicción, ya que afirma que no hay prueba de la existencia de insumos vencidos³ y, por otro lado, indica en la cita de la declaración de la señora Rosa Tabares que si se reportaron los insumos vencidos desde el inicio del contrato. Para el despacho es claro que la declaración de Rosa en sus numerales 3, 4 y 5 tiene juicios de valor y, que acorde con las reglas de la sana crítica no se puede tener como probado un reporte que se soporta en una declaración posterior a la ejecución del contrato, no hay prueba documental propia de la ejecución de este que fundamento lo expuesto por el contratista. Contrario a lo anterior, si hay prueba de un reporte extemporáneo y que implicó un cumplimiento imperfecto de la obligación de reporte de anomalías, como lo es la de insumos vencidos.

En vista de lo anterior, la documental referida no aporta información de peso probatorio que desvirtúe el incumplimiento endilgado al contratista, evidenciando con dichas afirmaciones una marcada omisión por parte de la coordinadora, al abstenerse de desplegar las acciones necesarias para seleccionar, identificar, administrar y entregar los suministros de aseo y cafetería a su cargo, los cuales eran el elemento esencial para la prestación del servicio objeto del contrato 1015 de 2022.⁴

Sumado a lo anterior, la declaración juramentada no puede sustituir una prueba documental, como lo debió ser un reporte escrito o electrónico en el que el contratista (sus coordinadoras) advirtieran sobre la existencia de insumos vencidos. Es claro para el despacho que el artículo 225 del Código General del Proceso advierte sobre las consecuencias negativas en cuanto a omitir una prueba documental que deba probar el cumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato. El aludido artículo señala:

“Artículo 225. Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.”
(Cursiva por fuera del texto)

Así las cosas, se reitera que el contratista NO aportó otro elemento de prueba adicional que soportara o sustentara lo afirmado en la declaración y que permita a este despacho llegar al convencimiento pleno del cumplimiento de dicha obligación. Es claro entonces que el contratista pretende suplir la necesaria prueba documental de ejecución del contrato por una declaración extra juicio, la cual se emite en forma posterior a la terminación del plazo del contrato.

- 6. Por último la entidad considera equivocadamente que el contratista tiene una obligación de custodia y manejo administrativo de bienes lo cual no es cierto ya que estas funciones están asignadas a funcionarios de la entidad como lo deja ver claramente el concepto 2017EE70758 que claramente indica que el control está a cargo de la oficina generadora del gasto.**

³ *“Por último, la entidad parte de una premisa que no ha estado probada en el proceso y es la existencia de insumos vencidos, no existe una prueba idónea para acreditar tal situación en el plenario, ni las cantidades ni los insumos presuntamente vencidos, no se aporta ningún informe técnico que evidencie tal situación.”*

⁴ . *Obligación del proveedor No.11.49. del Acuerdo Marco CCE-972-AMP-2019 “11.49. Cumplir con las actividades y los resultados establecidos en el Anexo 1 del pliego de condiciones y poner a disposición de la Entidad Compradora el personal que cumpla con el perfil, funciones y formación establecidos en el Anexo 2 del pliego de condiciones.”*

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

Si bien el concepto indica que el control está a cargo de la oficina generadora del gasto, lo cual se cumplió con base en los inventarios levantados y expuestos como prueba en el marco del sancionatorio. El control de los insumos, su uso y disposición de manera adecuada en la ejecución de la orden de compra recaía en el contratista, quien por medio de los perfiles de coordinadoras de tiempo completo debía garantizar la mejor ejecución posible y tenerlos en buenas condiciones con base en las obligaciones del contrato y del Acuerdo Marco.

El argumento presentado por el contratista no tiene relación con las obligaciones del contrato, aquí se debate el incumpliendo de este, de cara a los cargos planteados por la supervisión y a las obligaciones propias de la orden de compra y del acuerdo marco.

Por otro lado, la siguiente cita no responde al concepto sino al numeral 3.2.19 de la Resolución 01 de 2001 *“Manual de Procedimiento Administrativos y Contables para el manejo y control de los bienes de los entes públicos del Distrito Capital”*:

(...) Para el caso de los elementos de consumo inmediato – Cargos Diferidos o Gastos – como es el caso de repuestos para mantenimiento de vehículos y equipos, elementos para mantenimiento de instalaciones físicas del tipo chapas, vidrios, etc.; útiles de oficina o de cocina etc., cuya utilización sea inmediata y que no van a formar parte del inventario del almacén de la entidad, el registro se podrá realizar directamente en las cuentas contables correspondientes, sin pasar por el almacén; en razón de la eficacia y productividad en los procesos. El control estará a cargo de la oficina generadora del gasto y del responsable de la ejecución del contrato.

Ahora bien, la entidad aplica el *“Manual de Procedimiento Administrativos y Contables para el manejo y control de los bienes de los entes públicos del Distrito Capital”* vigente y, en la Resolución No. 0402 de 2023 sobre el particular se indicó:

“Analizada la respuesta dada por parte de la Dirección de Gestión Administrativa y Financiera (DGAF), para este despacho queda claro que, por lineamientos Distritales, la SDMUJER no cuenta con un manual propio, ya que para el efecto se aplica el “Manual de Procedimientos Administrativos y Contables para el manejo y control de los bienes en las Entidades de Gobierno Distritales”, el cual en su numeral 1.3.1.1. Bienes de Consumo señala lo siguiente:

*“**Son aquellos bienes fungibles que se extinguen o fenecen con el primer uso que se hace de ellos, o cuando al agregarlos, o aplicarlos a otros desaparece como unidad independiente o como materia autónoma, y entran a constituir o integrar otros bienes. Es de aclarar, que muchos de los bienes de consumo no se agotan con el primer uso que se hace de ellos, pero una definición más apropiada podría señalar que la condición de perdurabilidad es esencial para reconocerlos, pues todo bien que se agote relativamente pronto puede considerarse de consumo.***

*Teniendo en cuenta lo anterior, **los Entes y Entidades definen si esta clase de bienes cumplen los criterios para ser reconocidos como Inventarios o se reconocen como Gasto o Costo.** Por lo general cuando esta clase de bienes se destinan para fines misionales, estos son registrados como Inventarios y si estos bienes se emplean para fines administrativos, los mismos son reconocidos como gasto o costo, según corresponda, en el momento de su adquisición.*

Igualmente, para esta clase de bienes se tiene el respectivo control administrativo, realizando el seguimiento sobre su custodia y su uso; y es necesario crear mecanismos administrativos, mediante registros estadísticos, la adecuación de sistemas de información o base de datos, para efectuar el seguimiento sobre la utilización de esta clase de bienes. (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto)

Para la entidad es claro que se está cumpliendo con las directrices Distritales en cuanto al manejo de bienes de consumo. El contratista no debe confundir las obligaciones de la entidad

RESOLUCIÓN No. 0425 DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

con las que son de su resorte y propias de la ejecución de la orden de compra, la cual implica **la prestación integral del servicio de aseo y cafetería**. Dichas obligaciones responden a lo indicado por la supervisión del contrato en el informe de incumplimiento y al análisis jurídico – probatorio realizado en la Resolución No. 0402 de 2023.

Finalmente, se advierte que el contratista y el garante guardaron silencio respecto de las pruebas relacionadas con el manejo de bienes y que fueron remitidas por la Dirección de Gestión Administrativa y Financiera en virtud del decreto de pruebas, de las cuales se corrió traslado por parte de la entidad y que se citan en este acápite, emitiendo hasta ahora pronunciamiento por parte del contratista, por demás erróneo, respecto de su contenido.

7. Consideramos razonadamente que existe un defecto fáctico en valoración probatoria con parcialidad del funcionario quien resuelve la controversia a su propio capricho

Frente a esta consideración, es claro para la entidad que responde a un juicio de valor del contratista. Se encuentran probados tres de los cuatro cargos formulados por la supervisión y que conllevan a un incumplimiento parcial del contrato – orden de compra.

La entidad no ha sido caprichosa y fundamentó su decisión en la valoración de cada una de las piezas probatorias obrantes en el proceso. Entre ellas se destacan, entre otras, la existencia de inventarios, el correo de febrero de 2023 remitido por el contratista a la supervisión, el informe de supervisión, la declaración juramentada Rosa Tabares y el testimonio de Blanca Lucero Cuervo.

Así las cosas, se cumplen los presupuestos contenidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, respecto de la motivación de la decisión.

8. Por último, la entidad parte de una premisa que no ha estado probada en el proceso y es la existencia de insumos vencidos, no existe una prueba idónea para acreditar tal situación en el plenario, ni las cantidades ni los insumos presuntamente vencidos, no se aporta ningún informe técnico que evidencie tal situación.

Está probado en el proceso la existencia de insumos vencidos con los inventarios allegados por la supervisión (incluso suscrito por la coordinadora Carmen Diaz, quien fungió como coordinadora tiempo completo por parte del contratista) y por el correo de febrero de 2023 del contratista, quien advierte la existencia de insumos vencidos.

En conclusión, NO PROSPERAN los argumentos expuestos por el contratista en el acápite 2, la entidad probó la omisión en la que incurrieron las coordinadoras y la existencia de insumos vencidos e incluso el contratista presentó prueba de dicho reporte pasados 6 meses después de iniciado el contrato – orden de compra.

Aunado a lo anterior, la declaración juramentada se valoró objetivamente, el artículo 255 del Código General del Proceso señala un indicio grave frente a la no presentación de soporte documental propio del cumplimiento de obligaciones.

Finalmente, la ordenación del gasto corrige de oficio el artículo segundo de la Resolución No. 0402 de 2023, ya que se incorporó un apartado que no corresponde al contrato – orden de compra objeto de análisis en el marco del proceso administrativo sancionatorio que nos ocupa, tal y como quedará en el resuelve.

Que, en mérito de lo expuesto,

RESOLUCIÓN No. **0425** DE **2023**

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0402 de 2023 Por la cual se decide el Proceso Administrativo Sancionatorio derivado del informe de presunto incumplimiento del Contrato 1015 de 2022 - Orden de Compra 95.398 de 2022”

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: No Reponer y confirmar la decisión adoptada mediante Resolución No. 0402 del 3 de octubre de 2023.

ARTÍCULO SEGUNDO: Modificar el artículo segundo de la Resolución No 0402 de 2023, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, *hágase efectiva de manera proporcional la sanción penal pecuniaria pactada en la Cláusula Vigésima del Acuerdo Marco de Precios, equivalente a la suma de **DOS MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON TRES CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$ 2.129.276,3 M/CTE).***

ARTÍCULO TERCERO: Notificación. La presente Resolución queda notificada en estrados (en desarrollo de la audiencia pública en garantía del debido proceso), de conformidad con lo indicado en el literal C) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO CUARTO: Recursos. Contra la presente Resolución no procede recurso alguno en los términos de Ley.

ARTÍCULO QUINTO: En firme el presente Acto Administrativo y la Resolución No 0402 de 2023, publíquese en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP, y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio en la que se encuentren inscrito el contratista, en cumplimiento del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por artículo 218 del Decreto 019 de 2012.

ARTÍCULO SEXTO: Vigencia. La presente Resolución rige a partir de su ejecutoria.

NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los diecinueve (19) días del mes de octubre de 2023.

CLAUDIA MARCELA GARCÍA SANTOS
Subsecretaria de Gestión Corporativa (E)

Revisó: Luis Guillermo Flechas – Director de Contratación

Revisó: Javier Rincón-Abogado asesor externo

Revisó: Carlos Villa-Contratista-Subsecretaria de Gestión Corporativa

Revisó: Diego Rivera-Contratista-Subsecretaria de Gestión Corporativa

Proyectó: Claudia Victoria Páez -Contratista - Dirección de Contratación.