

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 “Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”

LA SUBSECRETARIA DE GESTIÓN CORPORATIVA 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, 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, 86 de la Ley 1474 de 2011, Resolución No. 0404 del 04 de octubre de 2023 y Resolución No. 0405 del 06 de octubre de 2023 declaró incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022, suscrito entre la **SECRETARÍA DISTRITAL DE LA MUJER** y la **COMERCIALIZADORA SOLUCIONES INTELIGENTES SAS**, identificado con NIT No. 900.870.890-5, cuyo objeto consistió en “Prestar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo para Aire Acondicionado, para Nivel Central de la Secretaría Distrital de la Mujer.”, en virtud de los hechos puestos en conocimiento por la **JEFA DE OFICINA ASESORA DE PLANEACIÓN** y por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, hágase efectiva la sanción penal pecuniaria pactada en la Cláusula 14 del Contrato, equivalente a la suma de **UN MILLON CIENTO VEINTE MIL PESOS M/CTE (\$1.120.000)**.

ARTÍCULO TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO POR INCUMPLIMIENTO PARCIAL** del contrato amparado en la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 15-44-101262908 de fecha 27 de mayo de 2022 y sus anexos, expedida por Seguros del Estado S.A, cuyo tomador es la **COMERCIALIZADORA SOLUCIONES INTELIGENTES SAS**, identificado con NIT No. 900.870.890-5, fungiendo como beneficiario y asegurado la **SECRETARIA DISTRITAL DE LA MUJER**. Lo anterior, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo con lo expuesto en el presente acto.”

Que el acto administrativo fue notificado de manera electrónica personalmente a la aseguradora Seguros del Estado S.A, el 12 de octubre de 2023 y al contratista mediante notificación por aviso el 02 de noviembre de 2023.

Que el 26 de octubre de 2023, **MARCELA GALINDO DUQUE** apoderada general de Seguros del Estado S.A, reconocida mediante poder amplio y suficiente según certificado de existencia y representación legal de fecha 02 de octubre de 2023, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, interpuso el recurso de reposición planteando los siguientes argumentos:

i) Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta al contratista:

Argumentó que de acuerdo con la legislación aplicable a la imposición de la cláusula penal pecuniaria conforme al artículo 1596 del Código Civil donde señala que *“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.”*

En ese sentido, manifestó que la Entidad no puede pretender aplicar la totalidad de la sanción establecida como clausula penal pecuniaria del contrato, cuando se observa un cumplimiento parcial de las obligaciones, dado a que no se equipara imponer una sanción como estimación de perjuicios frente a un incumplimiento total respecto de un incumplimiento parcial, pues los menoscabos que pueda generar dicha situación, lo será en menor proporción.

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”

Para el caso en concreto, adujo que la sanción impuesta por el valor total de la cláusula penal pecuniaria del contrato de prestación de servicios No. 924 de 2022 referente al incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista desconoce el principio de proporcionalidad, toda vez que situación debe ser analizada en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada y con base en ello tasar los perjuicios ocasionados a la Entidad.

Al respecto, citó un fragmento del acto administrativo recurrido donde señala que:

“(…) dado el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales, como son el retraso el cumplimiento del tercer mantenimiento, programado inicialmente para el 7 u 8 de noviembre de 2022, realizado el 20 de febrero de 2023, es decir realizado por fuera del plazo de ejecución contractual, del cual solo se evidencia como prueba de su realización la manifestación del supervisor dado que este mantenimiento no fue presentado con el informe requerido para cada mantenimiento preventivo y correctivo realizado incluyendo el estado y el funcionamiento del aire acondicionado de precisión por el contratista y la NO ejecución del último mantenimiento programado inicialmente para diciembre 26 o 27 de 2022”

Así las cosas, el garante concluye que la Entidad impuso el valor total de la cláusula penal pecuniaria establecida en el Contrato 924 de 2022, sin adoptar los criterios de proporcionalidad y racionalidad de la sanción, teniendo **en cuenta que se realizaron tres de los cuatro mantenimientos objeto del contrato**, según los antecedentes contractuales:

“(…) las partes acordaron la realización de 4 mantenimientos así: Primer mantenimiento: Para el 14 de julio de 2022 paralelo a la suscripción del acta de inicio y las tres visitas técnicas de mantenimientos restantes fueron aprobadas por las partes en el cronograma aportado por el contratista.

1. *Que el primer mantenimiento contemplado dentro del estudio previo numeral 2 y anexo técnico los cuales hacen parte integral del contrato se realizó el día 14 de julio de 2022, como se evidencia en el documento de nombre: “Evidencia_2_Informe mto 14 julio de 2022.pdf”*
2. *Que el día 5 de septiembre de 2022 se realizó el segundo mantenimiento al aire acondicionado de la secretaría Distrital de la Mujer. Como se evidencia en el documento de nombre: “Evidencia_4_Informe mto 5 septiembre de 2022.pdf”*
3. *Que el día 20 de febrero de 2023 se realizó el tercer mantenimiento, programado inicialmente para el 7 u 8 de noviembre de 2022, “Folio 49 Resolución 0405 de 2023”*

Seguidamente, manifestó que de acuerdo con los antecedentes citados se encuentra plenamente demostrado que el porcentaje del presunto incumplimiento corresponde a un 25% teniendo de presente que, del resultado de su análisis, el contratista realizó tres de los cuatro mantenimientos programados durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 924 de 2022. Razón por la cual esto conlleva a que jurídicamente no hay lugar al cobro del 100% de la cláusula penal, tal como lo resolvió la Secretaría Distrital de la Mujer.

En virtud de ello, realizó un ejercicio para determinar la tasación de perjuicios por el incumplimiento parcial del contrato de prestación de servicios No. 924 de 2022, donde supone que el porcentaje del presunto incumplimiento del contrato es del 25%, correspondiente al cuarto mantenimiento del que se estimó como NO ejecutado ya que no existen evidencias el mismo, con respecto al valor pendiente de ejecutar vs el valor total del contrato.

Si el valor del contrato es de \$11'200.000 y la cláusula penal a la tasa máxima pactada es del 10%, la sanción debería sujetarse al siguiente ejercicio matemático:

Fórmula:

Sanción: S

Valor total del contrato: VTC

Cláusula Penal: CP

Porcentaje de Incumplimiento: PI

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”

$$S = (VTC * CP) * PI$$

$$S = (\$11'200.000 * 10\%) * 25\%$$

$$S = (\$1'120.000 * 25\%)$$

$$S = \$280.000$$

Del anterior ejercicio, señalo que en caso de que el incumplimiento parcial sea cuantificado por la entidad en un 25% eventualmente, la sanción no podrá superar el valor de \$280.000 atendiendo a que el supervisor informo la realización del tercer mantenimiento. Por tanto, el cálculo que realice la entidad deberá quedar como se relacionó anteriormente.

Consecuentemente, en caso de que la Administración pretenda el no reconocimiento del tercer mantenimiento por la no presentación del correspondiente informe, el principio de proporcionalidad deberá ser aplicado, correspondiente a los dos mantenimientos reconocidos en el pago.

Finalmente, adujo que este punto reviste de importancia puesto que, si la Entidad contratante cuantifica sus perjuicios y pretende cobrar un perjuicio mayor, se encontraría generando una circunstancia de enriquecimiento sin causa, contrariando las disposiciones legales sobre el carácter indemnizatorio del seguro.

Como conclusión del primer punto, solicita a la Entidad **MODIFICAR** el valor de la sanción, aplicando el principio de proporcionalidad en la cuantificación de perjuicios por el incumplimiento parcial de las obligaciones contraídas por el contratista, *“debiendo afectarse por un valor inferior al 21.03%, pues esto equivale a las obligaciones que no fueron ejecutadas. Lo anterior de la siguiente manera:*

<i>Cláusula Penal</i>	<i>\$1'120.000 (10% del valor contractual)</i>
<i>Porcentaje Contractual ejecutado</i>	<i>75%</i>
<i>Cláusula Penal proporcionada</i>	<i>\$280.000 (25% de Cláusula Penal)</i>

ii) Inexistencia del llamado al contratista para asumir el pago de la obligación:

Frente a este punto, la Aseguradora cito lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, que señala:

“Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

- 1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.*
- 2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.*
- 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, argumentó que la norma estableció el llamado que debe realizar la Administración al contratista con el fin de atender el pago, y ante la eventual negativa, la Aseguradora en su calidad de garante accederá al pago, previo cumplimiento de los requisitos para tal fin.

Para el caso en concreto, señaló que la Entidad en la parte resolutive del acto administrativo estimó ordenar el pago de la cláusula penal pecuniaria afectando directamente la garantía única; razón por la cual no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en el cual se determina que dentro del debido proceso que debe atender la facultad sancionadora por parte de las entidades estatales, existen parámetros que la administración debe cumplir, uno de ellos es llamar tanto al contratista como a la aseguradora para obtener el pago de lo estimado en la Resolución.

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”

En virtud de lo anterior, el garante solicita de manera subsidiaria a la Secretaría Distrital de la Mujer **MODIFICAR** los apartes pertinentes de la mencionada providencia en el sentido de ordenar el pago total de la obligación en primer lugar al contratista y en caso tal de no obtenerse el mismo, a la Aseguradora.

iii) Aplicabilidad de la compensación como fenómeno de extinción de las obligaciones.

En relación con el tercer argumento del recurso, la aseguradora señaló que el artículo 1625 del Código Civil establece los mecanismos de extinción de las obligaciones contraídas, de las cuales realizó un análisis de los hechos en relación con *“la compensación”*.

Para ese efecto, manifestó que la compensación consiste en la existencia de dos relaciones obligacionales (créditos y débitos) recíprocas, en donde dos sujetos son, al mismo tiempo, deudores y acreedores entre sí. Cuando esto sucede es posible extinguir ambas obligaciones, con la fuerza de un pago.

En relación con el caso en concreto, deduce que el supervisor del contrato se refirió a la realización del tercer mantenimiento contemplado en el objeto contractual cuya prestación del servicio no fue reconocida al contratista y sin embargo fue recibida por la Entidad. Teniendo en cuenta esto, en el evento en que la Administración adeudara sumas al contratista, estos valores pueden cruzarse con el cobro de la cláusula penal pecuniaria del contrato No. 924 de 2022, por el monto máximo a cobrar según la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción.

Por lo anterior, el garante solicita a la Secretaría Distrital de la Mujer con el propósito de dar aplicación de la figura de la compensación, en el evento en que la entidad opte por imponer la sanción correspondiente.

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

1. Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta al contratista:

Una vez analizada las obligaciones correspondientes al contrato de prestación de servicios No. 924 de 2022, este despacho logra identificar que el objeto contractual se extiende más allá de la realización de cuatro mantenimientos a los aires acondicionados del Nivel Central de la Secretaría Distrital de la Mujer. Contrario sensu, el contratista debe acatar el cumplimiento total de las obligaciones generales, específicas descritas y aceptadas por el contratista en la aceptación de la oferta.

Bajo ese sentido, es claro que el cálculo no puede hacerse sobre cuatro mantenimientos y proponer que el contratista realizó tres, en tanto no era lo único con lo que se obligaba al aceptar el contrato, puesto que, si bien existe la manifestación por parte de la supervisión en cuanto a una visita realizada el 20 de febrero de 2023 del contratista para el tercer mantenimiento, el mismo no se puede tener en cuenta dado que no reúne los requisitos jurídico contractuales para el reconocimiento de sumas adeudas a favor del contratista como lo es el informe establecido en la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios No. 924 de 2022:

“Entregar informe para cada mantenimiento preventivo y correctivo realizado incluyendo el estado y el funcionamiento del aire acondicionado de precisión. Así mismo, el contratista deberá indicar la fecha y el (los) repuestos o elementos reemplazados, no se recibirá ningún reporte sin la firma correspondiente del funcionario designado por la supervisión, así como del técnico autorizado por el proveedor para realizar esta labor; dicho reporte será verificado por el supervisor del contrato designado por la Entidad.”

Como consecuencia de lo anterior y del acervo probatorio del expediente contractual, este despacho observa que, por parte de la supervisión, **la Entidad no recibió informe alguno del tercer mantenimiento realizado** con el fin de identificar los hallazgos percibidos en el presunto mantenimiento realizado.

Cabe recordar que es deber de las Entidades Públicas velar por la correcta ejecución y administración de los recursos públicos y ello conlleva a la exigencia de unos requisitos para el reconocimiento de cada pago a favor del contratista como los establecidos en la cláusula quinta del contrato en mención:

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”

“ 5. Requisitos para el pago.

Los cuales se pagarán previa programación del PAC y la entrega de los siguientes documentos:

- a) Informe de mantenimiento realizado debidamente firmado por el contratista, junto con los certificados de garantías correspondientes.*
- b) Certificado de cumplimiento o acta de recibo a satisfacción expedido por la supervisora (r) y/o interventora (r) del contrato.*
- c) Acta de ingreso de los bienes al almacén. (cuando aplique)*
- d) Copia de la planilla de pago de los aportes al régimen de seguridad social, para el periodo cobrado, en proporción al valor mensual del contrato, cuando se trate de personas naturales.*
- e) Certificación suscrita por el representante legal o revisor fiscal, que acredite el cumplimiento del pago de aportes al sistema de seguridad social integral de los últimos seis (6) meses, de conformidad con el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 o aquella que lo modifique, adicione o sustituya cuando se trate de personas jurídicas.*

Nota 1: *El primer pago quedará supeditado a la entrega por parte del Contratista del RIT.*

Nota 2: *De conformidad con el artículo 16 del Decreto Distrital 189 de 2020 el plazo de pago será máximo de treinta (30) días calendario luego de recibido los bienes o servicios establecidos, siempre y cuando se cuente con el recibo a satisfacción por parte del supervisor y con el cumplimiento de todos los demás requisitos que correspondan a cargo del contratista.*

Nota 3: *Para efectos de facturación, el contratista deberá atender las disposiciones en materia tributaria contempladas en el Decreto 358 de 2020, la Resolución 000042 de 2020 y demás normas expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, en materia de facturación electrónica.”*

Asimismo, se advierte al garante que los servidores públicos están obligados a dar estricto cumplimiento a la gestión fiscal del patrimonio público tal como lo señala el artículo tercero de la Ley 600 de 2000:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para este despacho que la supervisión no puede y debe reconocer pagos por concepto del “mantenimiento” de fecha 20 de febrero de 2023 a los equipos de aire acondicionado, dado que contractualmente no reúne los requisitos para tal fin y como consecuencia de ello, la Entidad no puede dar fe del estado de dichos equipos y la ejecución contractual por parte del contratista; y en el entendido de reconocer suma dineraria alguna por un supuesto “tercer mantenimiento” sería constitutivo de detrimento patrimonial puesto que no existen evidencias e informes de su realización, así como un recibo a satisfacción de la supervisora por la prestación del servicio.

En ese orden de ideas y de conformidad con los argumentos técnicos y jurídicos la visita realizada por parte del contratista el pasado 20 de febrero de 2023, no será reconocida como “tercer mantenimiento” y por tanto no se tendrá en cuenta como hecho superado para el cálculo y la tasación de la cláusula penal pecuniaria.

Ahora bien, es menester de esta Administración identificar si procede el ajuste frente a la tasación de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato de prestación de servicios No. 924 de 2022 y una vez verificados y validados los soportes allegados por la supervisión en el expediente contractual y el conjunto de obligaciones cumplidas y no cumplidas por parte del contratista, se encuentra viable jurídicamente acudir al principio de proporcionalidad de conformidad con lo establecido por el artículo 1596 del Código Civil sobre la estimación y cobro de la cláusula penal pecuniaria: “Si el deudor cumple solamente una parte de la

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”

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.”

Por su parte, el Consejo de Estado¹ señala:

“De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor.”

Teniendo en cuenta que los contratos estatales no son ajenos a lo dispuesto en las normas civiles y comerciales que rigen la materia y de conformidad con lo expuesto por la legislación Colombiana y los pronunciamientos del Consejo de Estado, la Secretaría Distrital de la mujer reconocerá el derecho que la Ley le otorga al contratista sobre la rebaja proporcional de la pena estipulada, teniendo en cuenta el cumplimiento parcial acreditado inicialmente sobre los **dos primeros mantenimientos** pactados en el cronograma del contrato de prestación de servicios No. 924 de 2022.

Como consecuencia de lo anterior, para el caso en concreto este despacho tendrá en cuenta el siguiente cálculo para efectos de cuantificar el valor de la cláusula penal pecuniaria impuesta como sanción por el incumplimiento parcial del contrato por parte del contratista. En ese sentido se tendrá el siguiente calculo:

Fórmula:

Sanción: S

Valor total del contrato: VTC

Cláusula Penal: CP

Porcentaje de Incumplimiento: PI

S = (VTC * CP) * PI

S = (\$11'200.000 * 10%) * 50%

S = (\$1'120.000 *50%)

S= \$560.000

Así las cosas, se acepta parcialmente lo solicitado por el garante en su escrito de reposición en contra de la Resolución No. 0405 del 06 de octubre de 2023. Por tanto, de conformidad con la fórmula matemática anteriormente citada se modifica el valor de la cláusula penal pecuniaria a imponer por un valor de **QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE. (\$560.000)** y en consecuencia el artículo segundo del mencionado acto administrativo quedará de la siguiente manera:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, hágase efectiva de manera proporcional la sanción penal pecuniaria pactada en la Cláusula 14 del Contrato, equivalente a la suma de **QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE. (\$560.000)**”.

ii) Inexistencia del llamado al contratista para asumir el pago de la obligación:

En primer lugar, este despacho considera oportuno citar las características de exigibilidad del cobro de la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales y en ese sentido el consejo de Estado² señala:

¹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA: Consejero ponente: **ENRIQUE GIL BOTERO**- Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008)- **Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)**

² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: SECCION TERCERA- Consejero ponente: **GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR** Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil dos (2002)- **Radicación número: 25000-23-26-000-1997-4430-01(16971)**

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”

“3ª) La póliza de seguro que toma un contratista con una compañía aseguradora en beneficio de una entidad pública, tiene como fuente el contrato estatal que previamente han celebrado las partes, como quiera que aquella tiene el propósito exclusivo de garantizar el cumplimiento de dicho contrato y, tan sólo al momento de quedar en firme el acto administrativo mediante el cual la entidad contratante declara la realización del siniestro, esto es, cuando por causas imputables al contratista, tiene ocurrencia uno de los riesgos amparados por la póliza, las multas o la cláusula penal pactadas en el contrato, o la caducidad del mismo, según sea el caso, es que surge para la aseguradora la obligación de indemnizar.

Es tan cierto lo anterior, que el título ejecutivo o de recaudo para efectos de reclamar el pago coactivo de la póliza en los procesos que tienen por fundamento el cobro de obligaciones derivadas del contrato de seguro suscrito por el contratista en beneficio de la entidad contratante, será complejo, conformado básicamente por el contrato estatal, el acto administrativo ejecutoriado que declara la ocurrencia del siniestro y la respectiva póliza de garantía.

“...¿Cuándo nace la obligación de indemnizar por parte del asegurador?. Es decir: ¿A partir de cuándo es exigible por la Administración al Asegurador el pago de la acreencia?”

“Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme.”

Con base en lo anterior, para la Administración es claro que con el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y en virtud del contrato de seguro celebrado entre el contratista y su garante, surge la obligación indemnizatoria a favor de la Entidad Estatal. Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala que:

“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.” (Subraya y negrilla por fuera del texto original)*

Bajo ese entendido, este despacho observa que el ordenamiento jurídico brinda opciones a las entidades estatales para hacer efectivo el cobro de la cláusula penal a título de sanción impuesta al contratista por la declaratoria de incumplimiento parcial en los contratos estatales, siendo una de ellas, **la afectación de la garantía de cumplimiento.** Igualmente, no se observa disposición jurídica que ordene a la Administración Pública a un determinado procedimiento en primer y/o segundo lugar para el cobro entre el contratista y su garante.

Por tanto, en virtud de disposiciones jurisprudenciales y legales señaladas anteriormente, la Secretaría Distrital de la Mujer para tal fin, no accederá a lo solicitado por la Aseguradora Seguros del Estado en el

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”

entendido de realizar primero el cobro de la cláusula penal pecuniaria al contratista y hará efectiva la garantía única de cumplimiento.

iii) Aplicabilidad de la compensación como fenómeno de extinción de las obligaciones.

De conformidad con lo analizado en el primer punto de debate del recurso de reposición interpuesto por el garante, es importante señalar que el contratista recibió el pago por concepto de los dos primeros mantenimientos. Sin embargo y en razón a que la entidad no recibió los informes que deben acompañar la realización del tercer mantenimiento y a que el cuarto mantenimiento no se ejecutó, se evidencia que de conformidad con lo manifestado por la supervisión no existen sumas adeudadas a favor del contratista. Así las cosas, este despacho no encuentra jurídicamente viable la utilización del mecanismo de compensación como forma de extinguir el pago de la obligación dineraria a favor de la Secretaría Distrital de la Mujer con el propósito de cruzar valores en el cobro de la cláusula penal pecuniaria del contrato No. 924 de 2022.

Por último, es importante resaltar que el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, señala que:

“Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

“(…) El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”

En virtud de lo anteriormente expuesto a nivel legal y jurisprudencial, se recuerda que el mecanismo que presta mérito ejecutivo para el cobro de la cláusula penal pecuniaria **es el acto administrativo que declara el siniestro de incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato**; sin que sea admisible cualquier otra formalidad o procedimiento adicional a la decisión adoptada donde, para el caso en concreto quedo plenamente demostrado las oportunidades procesales que se brindó desde esta entidad estatal al contratista y su garante para ejercer su derecho a la defensa y contradicción.

Por lo anterior, la Entidad no accede a lo solicitado por el garante en el sentido de dar aplicación a la figura de la compensación para efectos de la imposición de la sanción contemplada en la cláusula penal pecuniaria del contrato en mención.

Que, en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Reponer parcialmente la decisión adoptada mediante Resolución No. 0405 del 6 de octubre de 2023.

ARTÍCULO SEGUNDO: Modificar el artículo segundo de la Resolución No 0405 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 14 del Contrato, equivalente a la suma de **QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE. (\$560.000)**”.*

ARTÍCULO TERCERO: Notificación. Surtir la notificación de la presente Resolución de conformidad con el artículo 67 y 69 de la Ley 1437 de 2011 al contratista y a la aseguradora.

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 0405 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.

RESOLUCIÓN No. 0462 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2023

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0405 del 06 de octubre de 2023 Por la cual se resuelve el proceso administrativo por presunto incumplimiento parcial, con relación al Contrato de Prestación de Servicios No. 924 de 2022”


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


NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los diecisiete (17) días del mes de noviembre de 2023.



LAURA MARCELA TAMILEAL
Subsecretaria de Gestión Corporativa

Proyectó: Paula Andrea Bravo Rosero -Contratista - Dirección de Contratación. 

Revisó: Carlos Villa–Contratista-Subsecretaria de Gestión Corporativa. 

Revisó: Javier Rincón-Abogado asesor externo.

Revisó: Luis Guillermo Flechas – Director de Contratación 