FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

RESOLUCIÓN No. 000020 del 12 de agosto de 2021

Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa por presunto incumplimiento de la ACEPTACIÓN DE OFERTA No. FGN-NC-0058–2021, suscrita entre la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y SOLUCIONES LOGISTICAS HGM S.A.S., identificado con Nit. 901.354.136-0

LA SUBDIRECTORA NACIONAL DE GESTIÓN CONTRACTUAL

En uso de las facultades legales y en especial las que le confieren la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Decreto Ley 016 del 09 de enero de 2014, modificado por el Decreto Ley 898 del 29 de mayo de 2017, la Resolución No. 0-2406 del 04 de julio de 2017 y con sustento en los siguientes:

I. HECHOS.

1. Las partes suscribieron la Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) **FGN-NC-0058–2021,** que tiene por objeto la "***ADQUISICIÓN DE DISCOS DUROS EXTERNOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES MISIONALES Y DE APOYO PARA LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN***.", por un valor actual de **CUARENTA Y TRÉS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE. ($43.361.643),** incluido IVA y todos los costos directos e indirectos y los impuestos nacionales a que haya lugar
2. La Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) **FGN-NC-0058–2021,** señaló un plazo de ejecución hasta el día 02 de junio de 2021, contado a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, esto es registro presupuestal y aprobación de la garantía.
3. Mediante modificatorio No. 1 a la Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) **FGN-NC-0058–2021,** el plazo de ejecución fue prorrogado hasta el 17 de junio del 2021.
4. Mediante oficio No. 20211900001401 del 9 de julio de 2021, suscrito por la Directora de Comunicaciones, se informó a esta instancia los **PRESUNTOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE INCUMPLIMIENTO** ejercidos por el contratista **SOLUCIONES LOGISTICAS HGM S.A.S.**, identificado con Nit. 901.354.136-0

II. TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1. De acuerdo con el informe presentado por el Supervisor de la Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) **FGN-NC-0058–2021**, la Subdirección de Gestión Contractual, a través de oficios Nos. 20216130001831 y 20216130001841 remitidos el 15 de julio de 2021, comunicó al contratista y a su garante, el inicio de la correspondiente actuación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En los oficios antes señalados, se informó acerca de los hechos presuntamente constitutivos de incumplimiento, las obligaciones presuntamente incumplidas, así como las consecuencias que se podrían derivar de la presente actuación.

2. Es de advertir que dichas comunicaciones fueron remitidas vía e-mail a los apartados electrónicos reportados para las notificaciones judiciales.

3. El día 19 de julio de los corrientes, la Subdirección de Gestión Contractual de la FGN, dio inicio a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, recibiendo los descargos del contratista y del garante. Escuchados los descargos, procedió este Despacho a la suspensión de la audiencia

4. Durante la diligencia del 23 de julio de la presente anualidad, la supervisión manifestó que, en desarrollo del proceso administrativo que se surte, el contratista dio cumplimiento a la **Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) FGN-NC-0058–2021**, en las cantidades y condiciones técnicas requeridas. En razón de lo informado, la Subdirectora de Gestión Contractual suspendió la diligencia, con el fin de fijar nueva fecha de reanudación para decidir la actuación administrativa por presunto incumplimiento.

5. El día 12 de agosto de los corrientes, la Subdirección de Gestión Contractual de la FGN, reanudó la diligencia con el fin de decidir la actuación administrativa por presunto incumplimiento de la **Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) FGN-NC-0058–2021**, suscrita entre la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y SOLUCIONES LOGISTICAS HGM S.A.S., identificada con Nit. 901.354.136-0

III. DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTADO AL CONTRATISTA

De acuerdo con lo indicado en el Documento Complementario a la Invitación Pública Electrónica de Mínima Cuantía **FGN-NC-MC-0018-2021** y el Documento Complementario a la **Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) FGN-NC-0058–2021**, el contratista presuntamente desconoció las siguientes obligaciones:

- *Obligaciones generales del Documento Complementario a la Invitación Pública FGN-NC-MC-0018-2021 (numeral 9.5.1.)*

1. Cumplir con las condiciones jurídicas, técnicas, y económicas del contrato.

[…]"

- *Obligaciones Específicas del Contratista de la ACEPTACIÓN DE OFERTA-FGN-NC-0058-2021*

"[…]

3. Entregar los elementos con sticker indicando número y fecha del contrato; nombre del contratista, teléfono y correo electrónico; así como el tiempo de la garantía.
[…]

5. Atender los requerimientos realizados por el supervisor en el marco de la ejecución del contrato, para su debido cumplimiento y desarrollo.

PARAGRAFO: El CONTRATISTA deberá dar estricto cumplimiento a las especificaciones técnicas y en general a las condiciones señaladas en el DOCUMENTO COMPLEMENTARIO A LA INVITACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA DE MÍNIMA CUANTÍA FGN-NC-MC-0018-2021.

[…]"

Adicionalmente incumplió la cláusula del plazo de la **Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) FGN-NC-0058–2021**, la cual establece lo siguiente:

- CLÁUSULA PLAZO Y LUGAR DE EJECUCIÓN. De acuerdo con el contrato, el plazo de ejecución será *"hasta el 02 de junio del 2021, contado a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, esto es registro presupuestal y aprobación de la garantía"*, sin embargo, de acuerdo con solicitud del contratista, este se prorrogó hasta el 17 de junio del 2021. Finalizado el plazo de ejecución de la Aceptación de la Oferta, el contratista no entregó los elementos solicitados en la ficha técnica.

IV. DESCARGOS DE LAS PARTES

a) **Descargos del Contratista:** Se le concede el uso de la palabra al representante del contratista, cuyos descargos se encuentran grabados y puestos a disposición en el siguiente link:

https://fiscaliagovco-my.sharepoint.com/:v:/g/personal/paola_ramirez_fiscalia_gov_co/EQXi5YIFSplLqyJ5b84N6PYBvyYL4hQ7FH0EXd1El3MNTg?e=iNKSed

De acuerdo con lo expuesto por el contratista, se tiene que:

Para la terminación del contrato, al contratista contaba con nueve (9) de los diez (10) discos duros, para completar la totalidad de los bienes contratados, ya que el importador no cumplió con la fecha de entrega a pesar de que los mismos ya se encontraban cancelados, bajo el entendido que el contrato implica la entrega total de los elementos, y no fue posible entregar lo que se tenía hasta el momento de la terminación de la prórroga, es decir hasta el 17 de junio de 2021..

De igual manera la justificación de la demora radicó en que la DIAN y la Policía, deben verificar la legalización de esos bienes, ya que son equipos asociados a delitos informáticos. En consecuencia, los tiempos de legalización fueron superiores a una semana (verificación en la ciudad de Cartagena y Bogotá). Durante sus descargos, el contratista informó que cuenta con los bienes contratados para entrega inmediata.

Descargos del Garante.

Una vez expuestos los descargos del contratista, se procede a dar el uso de la palabra al apoderado del garante SEGUROS DE ESTADO S.A., cuyos descargos se encuentran grabados y puestos a disposición en el siguiente link:

https://fiscaliagovco-my.sharepoint.com/:v:/g/personal/paola_ramirez_fiscalia_gov_co/EQXi5YIFSplLqyJ5b84N6PYBvyYL4hQ7FH0EXd1El3MNTg?e=iNKSed

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, ***la entidad pública*** *lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. 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. 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 posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*

b) En desarrollo de la audiencia, ***el jefe de la entidad o su delegado****, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, ***la entidad*** *procederá a decidir sobre* ***la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.*** *Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento." *(subraya y negrilla fuera de contexto)*

Conforme pasó de advertirse, la literalidad de la norma transcrita otorgó una competencia orgánica a las entidades públicas por el hecho de ser tales, para decidir lo correspondiente **respecto de la imposición de multas, sanciones o declaratorias de incumplimientos**; calidad que ostenta la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, por virtud de lo dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 1º de la Resolución No. 0 2406 del 04 de julio de 2017, la Subdirectora Nacional de Gestión Contractual "***es el delegado para declarar siniestros producto de garantías contractuales, imponer multas, declarar incumplimientos o caducidades, previa observancia del procedimiento descrito en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011. La función delegada comprende la suscripción de los actos y documentos correspondientes, así como resolver los recursos que se interpongan y, en general, todos los tramites inherentes a la potestad sancionatoria contractual***"

En consecuencia, este Despacho se adentrará en el análisis de las circunstancias objetivas de incumplimiento imputadas, a fin de concluir si se encuentra suficientemente probada la causal de exoneración de responsabilidad o si por el contrario el comportamiento desplegado por el contratista se deduce la correspondiente declaratoria de incumplimiento.

6.2. HECHOS PROBADOS:

1. Las partes suscribieron la **Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato) No.FGN-NC-0058–2021,** que tiene por objeto la "*ADQUISICIÓN DE DISCOS DUROS EXTERNOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES MISIONALES Y DE APOYO PARA LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.*", por un valor actual de CUARENTA Y TRÉS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRÉS PESOS M/CTE. ($43.361.643), incluido IVA y todos los costos directos e indirectos y los impuestos nacionales a que haya lugar.

2. La Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato) No. **FGN-NC-0058–2021**, señaló un plazo de ejecución hasta el día 02 de junio de 2021, contado a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, esto es registro presupuestal y aprobación de la garantía.

3. Mediante modificatorio No. 1 a la Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato) No. **FGN-NC-0058–2021,** el plazo de ejecución fue prorrogado hasta el hasta el 17 de junio del 2021.

4. Cumplido el plazo de ejecución, el contratista no hizo entrega de los bienes contratados.

5. Que el desconocimiento contractual que se debate, es imputable a **SOLUCIONES LOGISTICAS HGM S.A.S.**, identificada con Nit. 901.354.136-0, pues le asiste la obligación convencional de cumplir con las condiciones técnicas en el plazo establecido por la Entidad.

6.3. DEL CASO EN CONCRETO:

Conforme a los hechos informados por la supervisión del contrato, los alegatos de las partes, y de las pruebas obrantes en el trámite administrativo, corresponde a este Despacho absolver los siguientes problemas jurídicos:

6. **¿Es procedente la imposición de la cláusula penal, cuando se configura la carencia actual del objeto que motivó la apertura del proceso administrativo sancionatorio?**

Frente a la competencia que tiene la Entidad para imponer cláusula penal, decantada ha sido la discusión a instancias del Honorable Consejo de Estado, en la que se ha resaltado que la misma está encaminada a resarcir los daños generados por el contratista incumplido.

Ahora bien, frente al viabilidad jurídica de imponerlas ante la ocurrencia de un hecho superado, el Alto Tribunal ha precisado que:*"El origen e implementación de las multas, desde la perspectiva contractual, se correlaciona y halla su justificación en los eventos en los que una de las partes incurre en incumplimiento de las obligaciones contraídas, al paso que su activación surge como consecuencia de una previsión anticipada y libremente acordada por los contratantes sobre los efectos que pueden extraerse de dicha inobservancia y que, por regla general, conlleva al pago de una suma preestablecida, sin que con esto el incumplido se releve de satisfacer la prestación debida; lo que busca es precisamente inducir a su acatamiento. Su falta de correspondencia con una sanción de carácter resarcitorio se explica en la medida en que no persigue obtener una suma o monto para contener o reparar un menoscabo patrimonial de la Administración contratante.* ***Bajo esa óptica, la ocurrencia del perjuicio no constituye un elemento de la esencia de este tipo de sanción, como sí acontece en el evento de la cláusula penal pecuniaria, cuya razón de ser es meramente indemnizatoria. Distinto a ello, su propósito se asocia con un fin proteccionista del interés público que involucra la celebración del contrato estatal, en tanto busca la ejecución efectiva de la labor encomendada al contratista,*** *al margen de que su satisfacción oportuna hubiese causado o no daño al ente contratante. (…)* ***su finalidad, en esencia, es fungir como herramienta de apremio o acoso dirigida a compeler al contratista para el cumplimiento del objeto contractual en la forma y tiempo acordados[1]"***.

Para el caso concreto que nos ocupa, con la suscripción de la **Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato) No. FGN-NC-0058–2021,** la Entidad adquirió los siguientes discos duros:

ITEM	*DESCRIPCIÓN DEL BIEN*	*UNIDAD DE MEDIDA*	*CANTIDADES CONTRATADAS*	*CANTIDADES ENTREGADAS A LA TERMONACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN*

[1] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549) Actor: SOCIEDAD CICON S.A. Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU

FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa por presunto incumplimiento de la ACEPTACIÓN DE OFERTA No. FGN-NC-0058–2021, suscrita entre la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y SOLUCIONES LOGISTICAS HGM S.A.S., identificada con Nit. 901.354.136-0

1	*Discos duros externos de 10TB*	*UN*	*9*	*0*
2	*Discos duros externos de 1TB*	*UN*	*18*	*0*
3	*Discos duros externos de 2TB*	*UN*	*40*	*0*
4	*Discos duros externos de 4TB*	*UN*	*45*	*0*
TOTAL			*112*	*0*

Ahora bien, el contratista **SOLUCIONES LOGISTICAS HGM S.A.S.**, identificada con Nit. 901.354.136-0, el día 21 de julio de 2021, durante el desarrollo del proceso administrativo sancionatorio, entregó ciento doce (112) discos duros en las condiciones técnicas exigidas por la Entidad, cumpliendo con las cantidades requeridas, configurándose así la carencia de objeto por hecho superado. En otras palabras, el perjuicio que se pretendía resarcir con la imposición de la cláusula penal, no se configuró por cuenta de la entrega de los elementos.

Sin embargo, la Entidad considera necesario precisar, que más allá de la carencia de objeto para desestimar la continuidad del presente trámite administrativo sancionatorio, se debe aclarar que no es de recibo los argumentos esgrimidos por el contratista, quien mediante descargos manifestó que para el presente caso se configuró una fuerza mayor, como causal de eximente de responsabilidad, por cuenta de los retrasos en las importaciones y los trámites de legalización de los bienes importados. Al respecto, es preciso indicar que, tratándose de una empresa con experiencia en el sector, esta contaba con el conocimiento experto y previo de los tiempos de importación, y aun así, voluntariamente presentó oferta dentro del proceso de selección **FGN-NC-MC-0018-2021,** cuyo plazo estaba plenamente identificado en la invitación pública.

En consecuencia, no es posible atribuir la demora en la entrega de estos elementos a situaciones de fuerza mayor, pues las condiciones del mercado y los tiempos de importación y legalización de los bienes, son dinámicas permanentes y predecibles en el comercio tanto nacional como internacional, circunstancia que rompe del todo con la configuración de la imprevisibilidad, requisito intrínseco de la eximente de responsabilidad por fuerza mayor.

Ahora bien, es claro para la Entidad, que el objetivo pretendido, al hacer uso de la facultad sancionatoria en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, mediante la imposición de la cláusula penal, perdió vocación de prosperar, al cumplirse con la entrega total de los elementos requeridos en virtud de la **Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato) No. FGN-NC-0058–2021.** Lo anterior, de acuerdo con el literal d) del Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece 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".*

En consecuencia, la Subdirectora Nacional de Gestión Contractual, en ejercicio de sus funciones legales y reglamentarias,

mr

FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

HOJA No. 10 DE LA RESOLUCIÓN No. 000020 del 12 de agosto de 2021

Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa por presunto incumplimiento de la ACEPTACIÓN DE OFERTA No. FGN-NC-0058–2021, suscrita entre la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y SOLUCIONES LOGISTICAS HGM S.A.S., identificada con Nit. 901.354.136-0

RESUELVE

PRIMERO: ORDENAR EL ARCHIVO DE LA PRESENTE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA CONTRACTUAL POR ENCONTRARSE EL HECHO SUPERADO de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, en contra de la sociedad **SOLUCIONES LOGISTICAS HGM S.A.S.**, identificada con Nit. 901.354.136-0, con ocasión a la ejecución de la **Aceptación de Oferta de Compraventa (Contrato No.) FGN-NC-0058–2021,** que tiene por objeto la **"ADQUISICIÓN DE DISCOS DUROS EXTERNOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES MISIONALES Y DE APOYO PARA LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN".**

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

Dado en Bogotá D.C., el doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MARTHA SÁNCHEZ HERRERA
Subdirectora Nacional de Gestión Contractual

	Nombre	Firma	Fecha
Proyectó	Paola Andrea Ramírez Céspedes – Profesional de Gestión III (E) SGC		12/08/21
Revisó	Olga Pilar Álvarez Mora – Profesional Especializada II SGC		12/08/21
Aprobó	Martha Sánchez Herrera/Subdirectora Nacional de Gestión Contractual		12/08/21
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.			