

**Resolución No. 000185**

***“Por la cual se declara el siniestro de calidad del servicio objeto del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-20, suscrito con la sociedad TERMEC LTDA. Nit. 800.149.403-8”***

**LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA DE LA CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA**

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1437 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Resolución No. 00334 del 2019 y

**CONSIDERANDO**

**1. COMPETENCIA.**

Que el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece como fines de la contratación Estatal, que *“(...) Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...)”*.

Que en concordancia con lo anterior, los numerales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, establecen respectivamente lo siguiente: *“(...) Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1º: Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacerse al garante, 2º: Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...)”*.

Que los numerales 2º y 4º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, tendrán los siguientes: *“2. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamientos que pueden presentarse (...) 4. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.”*

Que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en relación con los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, dispone que: *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de*

conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo".

Que el numeral 1° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a "(...) *buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato(...)*".

Que en concordancia con lo anterior, los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: "(...) *Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)*".

Que la Ley 1150 de 2007, señala en su artículo 7, en relación a las garantías de la Contratación que "Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos (...) El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare."

Que el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.3.1.7, establece respecto de la garantía de cumplimiento del contrato en cuanto a que debe cubrir: "(...) 6. *Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado (...)*"

Que el artículo 3° de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que "(...) *La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen (...)*".

Que en los artículos 10 y 15 de la Ley 161 de 1994, señala que: "Artículo 10: *Dirección y Administración. La Dirección y Administración de la Corporación, estarán a cargo de una Asamblea Corporativa, una Junta Directiva y un Director Ejecutivo, quien será su Representante Legal. (...)* Artículo 15: *Director Ejecutivo.*

*El Director Ejecutivo de la Corporación será el Representante Legal de la misma y ejercerá las funciones que le asignen los estatutos y las especiales que le delegue la Junta Directiva de conformidad con esta Ley, y será elegido por votación de las dos terceras partes de sus miembros, de lista de cinco (5) candidatos presentada por el presidente de la República.”*

Que la Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual, el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA-, delegó en el Jefe de la Oficina Jurídica lo siguiente “(...) **ARTÍCULO PRIMERO:** *DELEGAR en el (la) jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogue o sustituye y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017 de la Junta Directiva de Cormagdalena “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena - CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo.”, los cuales se tramitan en el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO PRIMERO:** De igual forma se delega en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica la realización del trámite de los procedimientos administrativos de declaratoria de siniestros pre contractuales, contractuales o convenios, los cuales se tramitarán por el procedimiento del Título III Capítulo I Procedimientos Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En igual sentido delegar en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, resolver los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales (...).”*

## **2. ANTECEDENTES DEL CONTRATO.**

- 2.1. Mediante comunicación Interna No. CI-SGE.202001000645 del 11 de marzo de 2020, la Secretaria General procedió a la remisión de documentos para contratar la “*Prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo para los equipos de aire acondicionado de propia de la Corporación Autónoma Regional de Río Grande la Magdalena-Cormagdalena.*”
- 2.2. La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, realizó proceso de selección de mínima cuantía, previa invitación pública No. MC-008-2020, cuyo objeto fue “*Prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo para los equipos de aire acondicionado de propiedad de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA*”, publicados según cronograma de proceso en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP.

- 2.3. La empresa TERMEC LTDA, identificada con NIT No. 800.149.403-8, presentó oferta con fecha veintiuno (21) de abril de 2020.
- 2.4. El 4 de mayo de 2020, CORMAGDALENA emitió COMUNICACIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA OFERTA, de conformidad con el informe de verificación de requisitos habilitantes y evaluación económica, y decidió aceptar la oferta de fecha veintiuno (21) de abril de 2020, realizada por la empresa TERMEC LTDA.
- 2.5. Por tanto, en atención a lo previsto en la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015, la oferta realizada por la empresa TERMEC LTDA, el veintiuno (21) de abril de 2020, junto con la COMUNICACIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA OFERTA, constituyó para todos los efectos, el contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020, por un valor de DOCE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$12.600.000) incluido el IVA, por un periodo contractual de 214 días calendario, comprendidos entre el primero (01) de junio de 2020, hasta el treinta y uno (31) de diciembre de la misma anualidad, previo cumplimiento de los compromisos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- 2.6. El contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020, estableció respecto de las garantías *“El contrato por celebrar por su naturaleza podría presentar riesgos de incumplimiento y de defectuosa calidad del servicio contratado. Por esta razón el contratista se debe comprometer a constituir a favor de CORMAGDALENA y a satisfacción del mismo, a partir de la fecha de suscripción del respectivo contrato, de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 numeral 3, y el artículo 2.2.1.2.3.1.12 y 2.2.1.2.3.1.15 del Decreto 1082 de 2015, una Garantía Única con el objeto de respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan del mismo, en las cuantías y términos que se señalan a continuación: (...) b. **Calidad del servicio:** Su cuantía será equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, por el término de ejecución del contrato y seis (6) meses más...”*.
- 2.7. La empresa TERMEC LTDA, presentó a CORMAGDALENA, póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal, No. 36-44-101047202, expedida el 19 de mayo de 2020, por la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A.
- 2.8. CORMAGDALENA el día 19 de mayo de 2020, expidió ACTA APROBACIÓN DE PÓLIZAS, respecto de la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal, No. 36-44-101047202, expedida el 19 de mayo de 2020, por la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A.
- 2.9. El 1 de Junio de 2020, se suscribió ACTA DE INICIO entre la Secretaría General de CORMAGDALENA y el representante legal de la empresa TERMEC LTDA, designándose como supervisor del contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020, a la Secretaria General de CORMAGDALENA.
- 2.10. El contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020, terminó el treinta y uno (31) de diciembre de 2020.
- 2.11. El día 18 de diciembre de 2020, la supervisión del contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020 expidió certificado de recibido



- a satisfacción conforme a lo establecido en el Contrato, respecto al servicio de Prestación de servicios de mantenimiento Preventivo y Correctivo para los equipos de aire acondicionado de propiedad de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA – SANTANDER correspondiente al Tercer mantenimiento Preventivo y Correctivo realizado.
- 2.12. Mediante formato del 26 de marzo de 2021, la Secretaría General solicitó iniciar el procedimiento administrativo por presunto siniestro de calidad del servicio del Contrato de Prestación de Servicios MC-008-20.
- 2.13. En dicho formato, del 26 de marzo de 2021, la Secretaría General estableció la cuantía de la indemnización en la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS.

**3. HECHOS OBJETO DEL PRESUNTO SINIESTRO DE CALIDAD DEL SERVICIO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. MC-008 de 2020.**

- 3.1. La información que se presentó respecto de los hechos y pruebas que soportaron el procedimiento administrativo se encuentran en el formato del 26 de marzo de 2021, de la Secretaria General, y fue presentado en los siguientes términos:

**“(…) 4. HECHOS QUE DAN ORIGEN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO:**

1. *El 25/2/2021, se realizó comisión de servicios a la sede Barrancabermeja con el fin de verificar el estado del funcionamiento de los aires acondicionados de la entidad, encontrando el sistema correspondiente al 1 y 2 piso no se encuentran funcionando de manera adecuada.*
2. *El 4/3/2021, entre el 25 de febrero de 2021 al 4 de marzo de 2021, se verificó que sobre estos elementos se habían llevado a cabo el mantenimiento preventivo por parte de la firma TERMEC en el mes de diciembre de 2020 de conformidad con las actas parciales del contrato No. MC-008-20.*
3. *Teniendo en cuenta estas fallas presentadas, se requirió mediante Oficio CORMAGDALENA CE-SGE-202103000660 del 2/3/2021, a la firma TERMEC para que realizara una revisión con el ánimo de subsanar la situación y que se pudiera verificar que las actividades contractuales se habían ejecutado de conformidad con el contrato suscrito.*
4. *Al no recibir respuesta, se reitera al contratista mediante Correo electrónico de fecha 17/03/2021, la necesidad imperativa para responder al requerimiento efectuado.*
5. *Se recibe respuesta por correo electrónico de fecha 23/3/2021, por parte de TERMEC indicando lo siguiente: "Los equipo de*

aire acondicionado que ustedes tienen, efectivamente están funcionando tal como usted lo menciona. En relación a cuando usted menciona que no enfrían a la temperatura indicada en los tableros de control, me permito indicarle que los tableros de control de los equipos no tienen un indicador de temperatura, estos son tableros netamente eléctricos que permiten los accionamientos para que los aires funcionen. Es importante además de lo anterior que usted conozca que los aires que ustedes tienen en esta sede son aires que tienen muchos años de operación los cuales indudablemente tienen desgaste normal por el paso del tiempo, y el hecho de que en un momento dado la temperatura que se perciba en un espacio no sea la deseada, ese tema no obedece a calidad de servicios prestados por nuestra parte, obedece a un tema de eficiencia de los equipos, desgaste de los equipos y de carga térmica dado que los equipos que ustedes tienen en la sede son equipos que están instalados y nuestro servicio únicamente cubrió la realización de mantenimientos preventivos para que los equipos operaran y efectivamente los equipos los entregamos funcionando adecuadamente."

6. En virtud de la respuesta del contratista se requirió mediante correo electrónico de fecha 23/03/2021, lo siguiente: "Cordial saludo, De acuerdo con el contenido de su comunicación, se solicita dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de esta misma, aportar los soportes que acrediten de manera suficiente que en desarrollo del contrato 008-2020 en su calidad de contratistas, advirtieron a la Entidad sobre los riesgos y posibles alteraciones al funcionamiento de los aires acondicionados derivadas de las circunstancias que asevera en su misiva. Copia: Seguros del Estado Póliza No 36-44-101047202".
7. El 23/3/2021 se remite informe por parte de Termec donde se determinó lo siguiente: En el informe presentado por Termec no se evidenció la fecha de entrega del mismo a CORMAGDALENA. Este informe solo contiene la evaluación de la temperatura a la cual operan los equipos, pero no se evidencian requerimiento para su adecuada operación, ni advertencias o recomendaciones sobre su fallo temprano como consecuencia de no intervenir los elementos necesarios. Así las cosas, se concluye que no se dió cumplimiento a la obligación No. 10, que establece que el contratista debe "Informar de inmediato y por escrito, al supervisor la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso." Bajo este marco el Contratista debió informar a CORMAGDALENA de manera oportuna las situaciones que ponían en riesgo la normal operación del

- sistema de aire acondicionado de los pisos 1 y 2 de la sede Barrancabermeja; hecho que no se acreditó por parte del contratista en el referido informe.
8. Con la presentación del informe no se evidencia el cumplimiento de la obligación No. 11, donde el contratista haya solicitado oportunamente al supervisor aprobar el cambio de partes para el correcto funcionamiento de los equipos.
  9. Ante la solicitud de Cormagdalena de revisar y evidenciar sus actividades de los trabajos efectuados en la sede Barrancabermeja, se evidencio incumplimiento a la obligación No. 14, la cual indica que el contratista debe "reparar las actividades mal ejecutadas dentro del termino señalado por CORMAGDALENA".
  10. Las obligaciones del contratista cierran indicando que: "Teniendo en cuenta las altas temperaturas de la región donde están ubicadas las sedes y oficinas de la Corporación, al igual que las 9 horas días de uso de estos equipos, se hace necesario garantizar la operación continua de todo el sistema, mediante un mantenimiento preventivo, por un lado, y correctivo por el otro, el cual debe prestar el suministro de repuestos y la mano de obra para su desmonte e instalación." Se evidencia entonces, que el sistema actualmente no opera de manera continua y eficiente en las instalaciones de la sede Barrancabermeja, por lo que se considera un presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales y poscontractuales, causando que existan dificultades en la operación administrativa de CORMAGDALENA a causa de las altas temperaturas y la inoperancia de un sistema que debió estudiarse a fondo por parte del contratista para proponer las alternativas de mantenimiento necesarias para prevenir daños tempranos como el que se presenta en la actualidad con menos de dos (2) meses de terminado el contrato.

(...) 5. INFORME (ESPECIFIQUE DESDE EL PUNTO TÉCNICO, FINANCIERO, ADMINISTRATIVO, JURÍDICO O CONTABLE QUE SOPORTEN EL INCUMPLIMIENTO)

Una vez se verificó el estado deficiente en el funcionamiento de los aires acondicionados del 1 y 2 piso de la sede principal de CORMAGDALENA en Barrancabermeja, se evidenció que la salida del aire del equipo pasa por una (1) rejilla (la más cercana al control de temperatura), ineficiencia en la operación de los equipos que fueron intervenidos recientemente en el contrato MC-008-20, con el objetivo de realizar (2) dos jornadas de mantenimientos preventivos en la sede descrita.

De acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en la Aceptacion de la oferta, el mantenimiento preventivo contempla

*todos los trabajos necesarios para que los equipos de aire acondicionado trabajen correctamente incluyendo la totalidad de los controles de línea, termostatos ambientales, tableros eléctricos, limpieza de ductos, tuberías de refrigeración, aislamientos térmicos, rejillas, divisores y demás componentes que los sistemas tengan incorporados para garantizar su correcto funcionamiento., aprovechar al máximo su capacidad de trabajo, cuidar su infraestructura, previniendo fallas futuras y/o detectarlas a tiempo. Realizar esta intervención es vital para alargar la vida útil de los equipos y reducir costos por daños, pérdida parcial o total de estos por la falta de sostenimiento.*

*La rutina de mantenimiento mínima preventiva a estos equipos es:*

- a. Limpieza exterior de la unidad.*
- b. Limpieza de filtros de aire.*
- c. Aislamiento de partes eléctricas para el lavado general a partes mecánicas y desincrustadas de Serpentes. d. Limpieza de bandejas y drenajes.*
- e. Ajuste de tornillos de ensamble.*
- f. Revisión de rodamientos de los motores eléctricos.*
- g. Revisar y limpiar contactos y bornas de motor, compresor, capacitores, relés e interruptores.*
- h. Toma de voltajes y corrientes a motores eléctricos.*
- i. Verificación de estado de presiones y detección de fugas en el circuito de refrigeración.*
- j. Verificación de presiones alta y baja (si el equipo tiene válvula de servicio)*
- k. Revisión de consumo y temperatura de trabajo del compresor.*
- l. Ajuste y balanceo mecánico del blower y ventilador.*
- m. Verificación y ajuste de aislamientos térmicos y acústicos dentro del equipo.*
- n. Ajuste general y puesta en marcha.*

*Y respecto al sistema eléctrico:*

- a. Revisión y ajuste de tornillos de conexión*
- b. Chequeo operación contactores*
- c. Verificación ajuste de relés*
- d. Limpieza de contactos eléctricos*
- e. Revisión luz piloto*
- f. Revisión fusible de control*

*Dado lo anterior, se realizó una revisión a la documentación remitida por el contratista TERMEC, donde no se visualiza el detalle de la intervención a los aires de la sede Barrancabermeja que garanticen efectivamente el cumplimiento a las obligaciones específicas contractuales, adicionalmente, TERMEC en sus obligaciones*



*específicas debió informar oportunamente y dar recomendaciones respecto al funcionamiento de los equipos y eventuales fallas, incluyendo el nombre de los equipos, marcas, modelos, condiciones de operación, tendencias en su funcionamiento, anomalías, cambios, causas de las fallas, diagnósticos de cada unidad y la acción tomada para su corrección y fecha del evento...”*

- 3.2. Teniendo en cuenta que los numerales 3.4., denominado “OBLIGACIONES DE LAS PARTES” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía<sup>1</sup>, establece en los literales c, g y k del subnumeral 3.4.1. lo siguiente:

**“3.4.1. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA**

*Además de las obligaciones legales que se derivan de este contrato, tendrá las siguientes:*

*(...)*

*c. Responder por el incumplimiento y calidad de los servicios prestados, sin perjuicio de la garantía EL CONTRATISTA constituya.”*

*(...)*

*g. Reportar al supervisor cualquier novedad o anomalía durante la ejecución del contrato.*

*(...)*

*k. Prestar oportuna colaboración para la diligente ejecución del contrato, utilizando de manera eficaz su idoneidad y experiencia en el desarrollo del mismo.”*

Y que el Subnumeral 3.4.2, denominado “OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía<sup>2</sup>, establece en los subnumerales 10, 11, y 14 lo siguiente:

**“3.4.2 OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA**

*(...)*

*10. Informar de inmediato y por escrito, al supervisor la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito o que puedan afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso.*

*11. Solicitar aprobación del Supervisor cuando se requiere realizar el cambio de partes tales como; monitores, moto compresores, parte eléctrica o mecánicas, refrigerante, entre otros, y su respectiva instalación; estos arreglos deben ser realizados dentro del plazo que señale el supervisor.*

*(...)*

*14. Reparar a su costa, sin que implique modificación del plazo contractual, las actividades mal ejecutadas, es decir aquellas que se verifique que hayan sido ejecutadas con especificaciones de inferiores*

<sup>1</sup> Las cuales el (la) Contratista declara conocer, para todos sus efectos legales (pág. 3 de la prueba No. 6)

<sup>2</sup> Y reiteradas en la comunicación de aceptación de la oferta, fechada el 4 de mayo de 2020 (prueba No. 6, pág.3 y sig).

*cualidades y calidades o diferentes a las establecidas en el Pliego de Condiciones. Lo anterior, de conformidad con las observaciones impartidas por el Supervisor, en el término que éste lo indique. Si el CONTRATISTA no repara las actividades mal ejecutadas dentro del término señalado, CORMAGDALENA, podrá proceder a la imposición de sanciones a que haya lugar.”*

Señala el supervisor del contrato a modo de conclusión “...Así las cosas, se concluye que:

1. *No se dio cumplimiento a la obligación No. 10, que establece que el contratista debe "Informar de inmediato y por escrito, al supervisor la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso." Bajo este marco el Contratista debió informar a CORMAGDALENA de manera oportuna las situaciones que ponían en riesgo la normal operación del sistema de aire acondicionado de los pisos 1 y 2 de la sede Barrancabermeja; hecho que no se acreditó por parte del contratista en el referido informe.*
2. *Con la presentación del informe no se evidencia el cumplimiento de la obligación No. 11, donde el contratista haya solicitado oportunamente al supervisor aprobar el cambio de partes para el correcto funcionamiento de los equipos.*
3. *Ante la solicitud de Cormagdalena de revisar y evidenciar sus actividades de los trabajos efectuados en la sede Barrancabermeja, se evidencio incumplimiento a la obligación No. 14, la cual indica que el contratista debe "reparar las actividades mal ejecutadas dentro del termino señalado por CORMAGDALENA".*

#### **4. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.**

La sociedad **TERMEC LTDA.**, allegó la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal No. 36-44-101047202, expedida el 19 de mayo de 2020, por la compañía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, que ampara el cumplimiento del citado contrato.

Que dando cumplimiento al Título III del Capítulo I Reglas Generales Procedimiento administrativo común y principal del artículo 34 a 45 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficio No. CE- OAJ – 202103002244 del 9 de julio de 2021 a la sociedad **TERMEC LTDA.**, y oficio No. CE- OAJ – 202103002243 del 9 de julio de 2021 a la compañía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, con la finalidad que comparecieran a audiencia.

## **5. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA.**

### **5.1. Audiencia del 27 de julio de 2021.**

El día 27 de julio del 2021, a la hora señalada para tal efecto, se instaló la audiencia, y se encontró con la novedad que no se contó con la presencia de los convocados, por lo cual se procedió a dejar la siguiente constancia:

*“...El día 09/07/2021 se notificó al contratista TERMEC LTDA. a la dirección de correo electrónico que consta en certificado de existencia y representación legal de la sociedad expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, como dirección de notificación judicial la citación a la audiencia enviada a través de correo certificado 472. Dicha compañía o empresa que nos indica los números de guía E-50848983-S es y E-50848985-S mediante el cual se constató que efectivamente la comunicación se entregó.*

*A sí mismo, se deja constancia que el día 09/07/2021 se notificó al garante de la compañía antes citadas seguros del Estado SA a la dirección de correo electrónico que consta igualmente en el certificado de existencia y representación legal de esta sociedad, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá como dirección de notificación judicial. La citación a la audiencia se envió otra vez también de correo certificado 472 con los números de guía E-50842512-S y E-50842517-S mediante el cual se constató que efectivamente la comunicación se entregó y fue objeto de acceso a su contenido el mismo 09/07/2021 certificación, E-50860102-R.*

*De igual forma se deja constancia que a través de comunicación electrónica del día de hoy 27 de julio a las 10:21 am, la doctora María Claudia Zapata días abogada de la gerencia jurídica y de asuntos legales de la oficina principal de la compañía garante, esto es Seguros del Estado SA, señaló lo siguiente: “le informamos que recibimos la comunicación enviada a esta compañía mediante la cual nos citó a audiencia programada para el día 27 de julio del año en curso, en virtud del presente incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista mediante el contrato de referencia, sobre el particular y teniendo en cuenta que no nos es posible asistir a la mencionada diligencia por compromisos previamente adquiridos, nos permitimos solicitarle se sirva remitirnos copia del acta que suscribió en la audiencia en cuestión y en caso tal de haberse proferido algún acto administrativo proceder a notificarnos electrónicamente en el correo electrónico jurídico@segurosdelestado.com, en todo caso y de ser posible agradeceríamos se pueda reprogramar la diligencia con el fin de garantizar nuestra asistencia y participación en la misma”.*

*Dada esta petición y en aras de garantizar el debido proceso se accede a la solicitud y se fija entonces nueva fecha y hora para la instalación del presente procedimiento para el día 6 de agosto a las 3:00 pm, daríamos entonces concluida la audiencia del día de hoy dejando las anteriores constancias así*

*como de quienes participamos dentro de la misma y la espera que desde las 10:00 am hasta las 10:47 se hizo por parte de esta oficina asesora jurídica y concluiríamos la audiencia del día de hoy siendo las 10:47 de la mañana...”*

Por tanto concluida la constancia respectiva y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 6 de agosto de 2021.

## **5.2. Audiencia del 12 de agosto del 2021.**

Continuando con la audiencia, se procedió a reconocer personería a la doctora MARCELA GALINDO DUQUE, apoderada general de seguros del Estado, para actuar en calidad de apoderado principal de la Compañía Aseguradora, y quien a su vez sustituyó poder en la doctora MARÍA CLAUDIA ZAPATA, para actuar en calidad de apoderada del Garante. De otra parte, y en relación con el Concesionario, se presentó a la audiencia en señor HENRY ALBERTO VILLAREAL CAÑIZALES, en calidad de Gerente y Representante Legal, sin designar apoderado para los efectos de dicha audiencia. Se concedió la palabra al representante legal del Concesionario para que presentara los argumentos de defensa, los cuales se pueden resumir en cinco puntos centrales, y en donde se señaló lo siguiente:

*“(...) Bueno, lo primero que le quiero mencionar es por la naturaleza de mi profesión soy ingeniero mecánico, no soy abogado y requiero una defensa técnica por parte de mi abogada que es la doctora Lucero Téllez; en segunda instancia, le quiero manifestar que nosotros dimos cumplimiento durante la ejecución del contrato a todas las obligaciones generales y específicas correspondientes al trabajo o a los servicios contratados; tercero, que durante la ejecución del trabajo durante la ejecución de las actividades, nosotros entregamos los trabajos a satisfacción y cumplíamos con las obligaciones contractuales a tal punto que, la entidad sin reparo alguno siempre nos efectuó los pagos de conformidad con lo solicitado durante la vigencia de ese contrato o de esa aceptación de ofertas no sé exactamente si es un contrato o es aceptación, en fin, el proceso que sea.*

*También quiero dejar constancia de que la persona que estaba es supervisora en ese en ese caso es una persona que no tiene idoneidad para ser la supervisora de contratos la señora es una arquitecta que no tiene la menor idea ni está preparada ni tiene ninguna formación, en relación con el contrato esto es haciendo una analogía como si tuviéramos un contrato de nutrición y lo estuviera controlando un odontólogo entonces, la señora no tiene competencia para haber desarrollado la supervisión de ese contrato, la señora arquitecta Carolina no recuerdo el apellido de ella durante la ejecución del contrato todo el tiempo fue amenazante sobre el contrato inclusive pidió algunos servicios y trabajos que estaban por fuera del objeto contractual al punto que en algunas de sus llamadas cuanto ella en su momento me efectuaba, a cualquier hora del día siempre era exactamente en la misma tónica y no tenía un argumento técnico porque obviamente adolecía de ello,*



*cuando teníamos que hablar de los aspectos técnicos la persona me decía que ella desconocía por completo el tema y que no entendía lo que le estaba explicando.*

*En su momento entonces muchas veces cuando eso sucede a lo largo del contrato obviamente es difícil que un contrato pueda ser bien llevado por un supervisor porque no está debidamente capacitado para hacerlo. paralelo a todo lo que le estoy diciendo solicitó además que se haga apertura de pruebas donde nosotros vincularemos a la solicitud no sé cómo se llame esta audiencia no pues la verdad es que si discúlpeme porque no conozco la terminología a este proceso de esta audiencia o esta citación, para nosotros preparar toda la defensa técnica y presentar toda la documentación todos los reportes correspondientes que nosotros qué harán con los cuales nosotros garantizamos que se pudo cumplimiento absolutamente todas las obligaciones del contrato.*

*Por último, le solicitó a la abogada de seguro del Estado que pues digamos que en consonancia con lo que yo acabo de manifestar y usted conociendo el tema netamente legal me haga las correcciones del caso porque pues que te digo después porque todas no es mi materia no ser experto en la materia pues, seguramente me estoy expresando con los términos inadecuados con las palabras adecuadas para definiciones que no corresponden y puede estar cometiendo errores manifestando lo que estoy diciendo, pero técnicamente había pasado lo mismo que sucedió durante la ejecución del contrato cuando yo me entendía una supervisora que la entidad nombró y que no tenía la competencia para poderlo hacer.*

*Fue un contrato, además, en el que no existió el principio de planeación. la persona que organizó el desarrollo del contrato de la gestión del contrato se nota que es una persona que no tenía ni la menor idea de lo que existía allá, a tal punto hasta el punto que la funcionaria o el funcionario o Carolina sale a tal punto y hay un funcionado y me menciona que no sabía que los equipos de la entidad son unos equipos que tienen ya más de 15, 20 años de servicio, equipo que ya cumplieron su vida útil técnicamente lo cumplieron y además de cumplirlo tienen que estar obviamente depreciados valor cero dentro de las arcas de la de la contabilidad del Estado porque son un equipo completamente ya de digamos que de una tecnología primero, muy vieja segundo equipos que ya al haber cumplido su vida útil en cualquier momento y en cualquier instante indudablemente falla cualquier componente y el funcionario que me llamó no recuerdo el nombre me manifestaba que desconocía por completo lo que le estaba diciendo.*

*Entonces que veo yo, simplemente lo que percibo y percibí todo el tiempo del que el contrato inicio, inició con una falencia fuertísima por parte de la entidad al no tener realmente un interlocutor válido o ningún profesional con la competencia requerida para ello; segundo, se inició un proceso de contratación sin la debida planeación y por eso tienen el equipo y todos los*

*equipos que tienen ahí en la forma en que los tienen. por último, también agrego, que la señora que estaba el supervisor del contrato propuso que el contrato lo ejecutara una persona de este de Barrancabermeja que porque era el que el contratista que ella había tenido durante varios años y que era una persona que ella recomendaba para que ejecutara el contrato y no nosotros.*

*Entonces lo que tengo que comentar por el momento y solicitó entonces, perdón, mi solicitud formalmente en esta audiencia que se haga también, se copie control interno e inicie una copia una solicitud formal e investigación ante esta funcionaria para que investiguen, para que en contra de ella se abra un proceso disciplinario de investigación porque actuó en la forma en que actuó durante la ejecución del contrato y porque una entidad nombra a una persona que no tiene la competencia adecuada y necesaria además, las competencias necesarias para llevar a cabo un contrato estrictamente electromecánico, esa funcionaria yo la investigue ella no tiene ninguna formación electromecánica en aire acondicionado por lo cual, la entidad cometió un error gravísimo a nombrar un funcionario del frente de un contrato que no tenía las competencias necesarias y requeridas gracias...”*

Frente a lo señalado, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica señaló: “...no avisó la solicitud de ningún tipo de prueba yo le voy a dar una oportunidad a la empresa en aras de poder escuchar sus argumentos y poder que ustedes puedan presentar cualquier otra prueba que puedan requerir esto sería para que ustedes presentarán sus descargos por escrito si lo desean y les daría el plazo hasta el martes 17 de agosto a las 10:00 am hasta esa hora y fecha para que si ustedes lo desean, complementen estos descargos presentados formalmente los complementen a través de un escrito, soliciten las pruebas además que ustedes pretenden hacer valer dentro del procedimiento...”, a lo cual el representante legal del Concesionario señaló: “...Si hago uso de esa oportunidad doctora muchísimas gracias le agradezco...”

Una vez finalizada la intervención de la defensa del Concesionario, se le concedió la palabra a la apoderada de la Compañía garante para que igualmente se sirviera exponer sus descargos, y en donde señaló:

*“(...) para iniciar los descargos por parte de la compañía de seguros en primera medida nos gustaría hacer referencia a la imposibilidad de hacer efectivo el amparo de calidad por la inexistencia de cobertura. Entonces en primera medida es preciso señalar que al verificar la situación que dio origen al presente procedimiento vemos cómo se dispone como consecuencias por el presunto incumplimiento la siguiente: en primer lugar, la declaratoria de ocurrencia este siniestro de calidad del servicio del contrato número MC 008 de 2020; en segundo lugar, sin estar la póliza de cumplimiento número 3644101047202 en su amparo de calidad del servicio por valor de \$2,520,000 moneda corriente para lo que equivale al 20% del valor total del contrato; en tercera medida afectará el amparo de calidad del servicio de la póliza*

*previamente mencionada y que adicional al cobro del amparo de calidad la entidad contratante se reserva el derecho de exigir judicialmente cualquier tipo de perjuicio adicional que se le haya causado con el presunto incumplimiento imputable al contratista.*

*En este sentido, al verificar el objeto de la póliza de seguro extrañamente citada encontramos que, con respecto al amparo de calidad del servicio que se pretende afectar esto tiene una vigencia desde el 19/05/2020 hasta el 30/06/2021 y una suma asegurada total por el valor mencionado que es \$2,520,000 en ese sentido y de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2. 1.2.3.1.7 del decreto 1082 del 2015 al hacer referencia a la cobertura de cada uno de los amparos que contiene la garantía única de cumplimiento, encontramos que para el amparo de calidad del servicio se dispone lo siguiente:*

*“este amparo cubría la entidad estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado el valor asegurado determinado por la entidad pública contratante teniendo en cuenta el objeto, del valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato la administración puede fijar libremente la vigencia del amparo pero el plazo mínimo debe cubrir el lapso en que de acuerdo con la legislación civil o comercial el contratista deberá responder por la garantía mínima presunta y por vicios ocultos”*

*En ese sentido, es claro que a partir del recibo del mismo el contrato se inicie la vigencia temporal de esta cobertura la cual se extiende por el plazo pactado, el cual se ha dispuesto en la carátula de la póliza en razón a que se considera que este es un término razonable que ha sido previsto por el contratante por la entidad contratante para que en este término se puedan llegar a manifestar las posibles deficiencias que puedan existir en cuanto a la calidad del servicio prestado por el contratista. en efecto, en la cobertura entonces se fundamenta en la responsabilidad de quien ha sido encargado para la confección de un bien material a un equipo para la prestación de servicios y el surgimiento de la responsabilidad del contratista en los términos antes señalados, supone como dispone la norma que el simple recibo de satisfacción realmente no redunde en la ausencia de responsabilidad del empresario pues solo es reflejo de que el bien sea recibido como exteriormente ajustado al plan en las reglas del arte.*

*En ese sentido el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la materia y al respecto en sentencia del 22/04/2009 de la sección tercera consejera ponente Miriam Guerrero de Escobar y con radicado número 14077 se consagró lo siguiente, con respecto a la garantía de calidad y correcto funcionamiento “los contratos de prestación de servicios como es el que ocupa la atención de la sala el contratista deberá responder por la calidad de los trabajos realizados de tal suerte que éstos cumplan los cometidos estatales y logre satisfacer las necesidades de la administración finalidad*

*primordial que se busca con la contratación pública, la garantía de calidad de los bienes o servicios prestados los posibles perjuicios que pueda sufrir la administración cuando se presenten dicen el objeto contratado que no fue posible detectar al momento de la entrega de los trabajos y que inciden en el cumplimiento de los fines previstos, la calidad en la adquisición de bienes y servicios según el caso del adecuado funcionamiento de los primeros es un asunto de trascendental importancia no solo para quienes son parte de un contrato estatal o privado sino que incluso la ley asumido el tema de manera directa en el sentido de exigir responsabilidad por su calidad y funcionamiento correcto a cargo de quienes en el comercio se dedican a proveer a producir bienes o servicios, como se advierte la garantía de calidad y correcto funcionamiento por mandato legal se encuentra a cargo de productores y proveedores No obstante tratándose de contratos con el estado las normas especiales tanto el decreto 222 del 83, como en la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios han impuesto a las entidades el deber de asegurarse forma divisional con una garantía constituida a cargo del contratista en una compañía de seguros o bancaria con la cual cubren entre otros el riesgo de calidad y correcto funcionamiento que se adquiere de los bienes equipos que se adquieren ocurre para preparación de contrato*

*Al respecto cabe precisar que la calidad y el correcto funcionamiento son 2 amparos autónomos pues cubren 2 tipos de riesgos diferentes, en primer lugar, la calidad cubre el asegurado contra el riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista en lo pertinente a las especificaciones y requisitos mínimos pactados en el contrato y en segundo lugar, el correcto funcionamiento protege al asegurado por los perjuicios que pueden sufrir por el deficiente funcionamiento de los bienes o equipos que le han suministrado, instalado o reparado dale riesgos bien pueden estar cubiertos con el mismo amparo pues la complementación que se da entre ellos estrecha, toda vez que, en la medida en que la calidad del servicio, reparaciones de equipos o maquinaria haya sido satisfactoria o los elementos equipos y maquinaria suministrados serán de buena calidad ello incide de manera directa en su correcto funcionamiento”.*

*Lo dispuesto entonces por el Consejo de Estado, es totalmente aplicable al amparo de calidad del servicio que es el que nos trae al presente procedimiento sancionatorio el cual también se trata de un amparo de carácter post-contractual que cubrirá las posibles deficiencias de calidad que se hayan causado a la obra o a los servicios que hayan sido prestados a satisfacción por parte del contratista y recibidos por parte de la entidad y siempre que esto o estas deficiencias o falencia resultan plenamente imputables al contratista cuya responsabilidad entonces será independiente de la que pueda llegar a tener la aseguradora. para el caso en concreto, entonces encontramos que la entidad pretende afectar el amparo de calidad de la póliza de cumplimiento previamente citada esto es la 3644101047202 amparo que para ser afectado requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que a continuación se exponen*



*en primer lugar, este amparo busca proteger a la entidad como ya se mencionó perjuicios que sufra como consecuencia de cualquier deficiencia técnica de los bienes o servicios que están suministrados a la entidad por parte del contratista entonces, se requiere en primer lugar que exista un presunto incumplimiento que éste sea imputable al contratista, que se haya recibido a satisfacción, teniendo en cuenta que se trata de un amparo netamente post contractual por lo cual los requisitos para su aplicación se pueden resumir en los siguientes:*

*En primer lugar, perjuicios sufridos por parte de la entidad contratante; en segundo lugar, que efectivamente nos encontramos frente a una deficiente calidad del servicio prestado; en tercer lugar, que se ocasionen con posterioridad la terminación del contrato garantizado pues como ya mencioné es un amparo netamente post contractual y, en cuarto lugar, que los daños y perjuicios sean en efecto imputables al contratista.*

*En este mismo sentido debemos tener en cuenta las condiciones generales aplicables a la póliza de seguro en las cuales se encuentran contempladas dentro o como parte anexada a la póliza de seguros las cuales fueron igualmente conocido por las partes del contrato y que disponen lo siguiente con respecto al amparo de estabilidad y calidad entonces “ 1.7 amparo a la calidad del servicio, el amparo calidad del servicio cubre la entidad estatal asegurada de los perjuicios imputables al contratista garantizado que se ocasionen con posterioridad a la terminación del contrato garantizado y que se deriven de la deficiente calidad del servicio prestado en los contratos de interventoría la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en complemento del parágrafo del artículo 85 de la ley 1474 del 2011”*

*En este orden de ideas y sin entrar a determinar si se cumplen efectivamente los requisitos previamente mencionados, consideramos más que todo importante hacer referencia al requisito número cuatro, que es el que se ocasionen con posterioridad la terminación del contrato garantizado está relacionado entonces con la responsabilidad atribuida del contratista teniendo en cuenta que no se cumple en el presente Caso por lo cual consideramos que nos encontramos con la cobertura suficiente para poder hablar de la existencia o no de una obligación indemnizatoria a cargo de esta compañía. en ese sentido por podemos hacer referencia a lo dispuesto en la carátula de la póliza mencionada expedida por seguros del Estado la cual cuenta con un único anexo que es el número cero y en el cual se evidencia que efectivamente él terminó el periodo de cobertura para el amparo de calidad del servicio culminó el 30/06/2021 esto entonces implicaría que a la fecha y como ya conocemos, mediante el presente procedimiento sancionatorio lo que se va a buscar es declarar o no el cumplimiento del contrato y dependiendo de esta declaratoria se va a concluir si hay lugar o no, a la declaratoria de la ocurrencia del siniestro.*

*Entonces a la luz de lo regulado en el código de Comercio con respecto al contrato de seguro tendríamos que, el siniestro es básicamente la ocurrencia del riesgo asegurado que para estos casos de pólizas de cumplimiento se resume simplemente en el incumplimiento contractual imputable al contratista dependiendo entonces de cada uno de los amparos entraremos a analizar si se trata de un amparo precontractual contractual o post contractual pero, en todo caso siempre se hace referencia a un incumplimiento imputable al contratista. Por lo cual, entonces únicamente tras la presentación de estos hechos que constituyen un incumplimiento contractual, hechos que, posteriormente deberán ser reconocidos y declarados mediante un acto administrativo es que podríamos hablar de la ocurrencia del siniestro y en consecuencia, de la posible obligación indemnizatoria y en ese sentido es apenas lógico concluir que para poder hablar de una obligación a cargo de la aseguradora es completamente necesario que este siniestro al que estoy haciendo referencia se presente dentro de la vigencia del contrato de seguro, lo cual como ya se mencionó esta vigencia específicamente por el amparo de calidad del servicio culminó el 30 de junio del presente año, sin que se haya declarado la ocurrencia del siniestro alguno razón por la cual en este momento, no se podría pretender el cobro de algún tipo de obligación indemnizatoria con cargo a la póliza previamente citada.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que su despacho deberá proceder a dar por terminado el procedimiento sancionatorio y en consecuencia desvincular a seguros del Estado SA del pago de la indemnización por no haber vencido por no haberse declarado la ocurrencia del siniestro dentro de la vigencia de la póliza de seguros teniendo en cuenta que entonces si no contamos con esta declaratoria del siniestro mal podría hablarse de la existencia de algún tipo de responsabilidad o de obligación a cargo de la compañía de seguros y en segundo lugar, a modo subsidiario en caso tal de que no se considere procedente dar por terminado el presente procedimiento, nos gustaría hacer referencia a una indebida tasación de los perjuicios ocasionados por parte de la entidad contratante y en este sentido, consideramos nos encontramos frente a una vulneración al principio indemnizatorio del contrato de seguros y al artículo 1077 del código de Comercio.*

*En este sentido debemos tener en cuenta que, el artículo 1077 previamente citado dispone básicamente cuál es la carga de la prueba que surge en cuanto al contrato de seguro con respecto al asegurado que en el caso concreto sería la entidad contratante, entonces se dispone el mencionado artículo que el asegurado tendrá la carga la obligación de demostrar ante la compañía de seguros la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en ese sentido y resumiendo un poco lo que ya mencioné como ya se dijo, el siniestro específicamente en estos casos corresponde a la ocurrencia del riesgo asegurado que sería el incumplimiento contractual y en consecuencia, se debe acreditar que efectivamente hubo un incumplimiento que tal*

*incumplimiento es imputable al contratista y que de tal incumplimiento imputable al contratista que produjo algún tipo de pérdida o detrimento patrimonial a la entidad contratante.*

*En este sentido, es importante tener en consideración lo dispuesto en el artículo 1088 del código de Comercio, el cual estipula que el contrato de seguro o que para los seguros de daños como es el seguro de cumplimiento, este contrato nunca podrá tener como consecuencia el enriquecimiento para el asegurado pues únicamente tiene un fin indemnizatorio razón por la cual el pago de la indemnización que pueda eventualmente resultar a cargo de la compañía de seguros deberá obedecer netamente al siniestro causado a la cuantía que efectivamente logró acreditarse entre la compañía de seguros, lo cual implicaría que también se sigue directamente a los perjuicios que el incumplimiento siendo este el riesgo asegurado le causó a la entidad contratante.*

*En este sentido consideramos que, en este no se ha acreditado si en efecto se produjo o no algún tipo de perjuicio más aún, de acuerdo con lo manifestado por el contratista si se dice que no existe ningún tipo de incumplimiento pues en consecuencia no habría ningún riesgo asegurado y no habría lugar a la reclamación por parte de la entidad contratante, esto igualmente tiene su asidero normativo en el artículo 86 de la Ley 1474 la cual el rector al presente procedimiento y en la cual se dispone que las entidades sometidas a la Ley 80 del 93 como en el presente caso, tiene la carga de dar inicio a estos procedimientos pero siempre deberán acreditar la ocurrencia de la pérdida o deberán cuantificar los perjuicios que se les están causando, previo a dar inicio a un procedimiento en el cual ya tenga como fin la declaratoria de incumplimiento y básicamente la declaratoria de un siniestro para obtener así el pago de una indemnización a cargo de la compañía de seguros.*

*En ese sentido, consideramos entonces que por parte de la entidad contratante en primer lugar, pues consideramos que no tienen ningún tipo de cobertura del reclamar supuestos perjuicios o un supuesto incumplimiento que se presentó por fuera de la vigencia del contrato de seguro y en ese sentido seguros del Estado SA debería ser desvinculado de la presente actuación dado que, no habría lugar al nacimiento de obligación indemnizatoria algunas y en segundo lugar, consideramos que pese a lo anterior, no se ha acreditado que en efecto esta ya se ha producido el incumplimiento a cargo de las obligaciones del contratista y que adicional a ello, se haya ocasionado algún tipo de perjuicio o detrimento patrimonial a la entidad lo cual implicaría que el hecho de posiblemente percibir una indemnización derivada del presente el procedimiento podría implicar a su vez un enriquecimiento sin justa causa, teniendo en cuenta que se estaría indemnizando o reparando perjuicios que no fueron padecidos ni acreditados por parte de la entidad contratante y eso sería todo por parte de la compañía muchísimas gracias...”*

Concluida la intervención por parte de los apoderados y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 23 de agosto de 2021.

### 5.3. Actuación por fuera de audiencia

El 17 de Agosto de 2021, mediante correo electrónico, recibido a las 10:10, se recibió oficio con asunto: *“Reprogramación instalación audiencia - Presunto siniestro de calidad del servicio para afectar amparo de póliza del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-20, suscrito entre la firma TERMEC LTDA. Nit. 800.149.403-8, y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA”*, suscrito por parte del representante legal del CONCESIONARIO, mediante el cual solicita sanear el proceso por indebida notificación, se envíe copia integral del expediente, se expliquen los cargos, se dé un plazo adicional para estudiar el caso y contratar una defensa técnica dado que no se tiene constancia de las supuestas notificaciones, y adjunta 3 actas de recibo parcial (junio 30 de 2020, septiembre 30 de 2020 y diciembre 18 de 2020), junto con el estudio termográfico CORMAGDALENA seccional Barrancabermeja. Así mismo se pronuncia frente a los 3 incumplimientos endilgados señalado lo siguiente:

*“...En cuanto al Literal A.*

*A) No se dio cumplimiento a la obligación No. 10, que establece que el contratista debe "Informar de inmediato y por escrito, al supervisor la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso." Bajo este marco el Contratista debió informar a CORMAGDALENA de manera oportuna las situaciones que ponían en riesgo la normal operación del sistema de aire acondicionado de los pisos 1 y 2 de la sede Barrancabermeja; hecho que no se acreditó por parte del contratista en el referido informe.*

*No se dieron los hechos establecidos en la obligación No 10 porque lo que le paso a los equipos, no son situaciones de fuerza mayor ni caso fortuito y adicional se pasó el informe.*

*B) Obligación 11.*

*En ese momento no se necesitó, prueba de ello es que fueron recibidos a satisfacción*

*C).Obligación 14.*

*El equipo, según el informe debía cambiarse (no se podía reparar) se dio alcance al contrato, un mantenimiento no significa que se deba cambiar el equipos...”*

### 5.4. Audiencia del 23 de agosto del 2021.

Continuando con la audiencia, la Oficina Asesora Jurídica procedió a pronunciarse respecto de las solicitudes realizadas por el CONTRATISTA, rechazando las mismas, con base en los argumentos desarrollados en audiencia. Así mismo se dio



apertura al periodo probatorio, pronunciándose de las pruebas documentales aportadas por el representante legal del Concesionario, las cuales se incorporaron para ser valorados en el momento de la toma de decisión, y señalando que el apoderado del Garante, no aportó o solicitó en sus descargos prueba alguna.

Adicionalmente, este Despacho decretó de oficio prueba por informe a cargo de **LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO**, a fin que respondiera varias preguntas. Concluido lo anterior y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa, se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 17 de septiembre de 2021.

### 5.5. Actuaciones por fuera de audiencia

Mediante comunicación electrónica del 7 de septiembre de 2021, se informó a las partes por parte de la Oficina Asesora Jurídica que “...*por motivos institucionales se reprogramaría la continuación de la audiencia....*”, razón por la cual, el 24 de septiembre del 2021, esta Oficina Asesora Jurídica, remitió correo electrónico informando la nueva fecha para llevar a cabo la continuación de la audiencia que “...*se fijó para el Miércoles 13 de octubre 10:00 am...*”

Así mismo, recibida la prueba por informe a cargo de LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, allegada a la Oficina Asesora Jurídica, mediante comunicación interna No. 2021-100-1743 del 13 de septiembre de 2021, en 14 folios, la misma fue trasladada a los convocados a través de correo electrónico del 17 de septiembre del 2021, con el fin que los convocados por el término de tres (3) días hábiles, pudieran presentar sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste.

### 5.6. Audiencia del 13 de octubre del 2021.

A la hora señalada para tal efecto, se continuó con la audiencia, y se procedió a reconocer personería a la doctora PAULA NATALIA POVEDA ALFONSO, para actuar en calidad de apoderada del Garante. Por tanto, encontrándose la actuación en la etapa de pruebas, la Oficina Asesora Jurídica informó que respecto a la prueba por informe a cargo de LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, allegada a la Oficina Asesora Jurídica, mediante comunicación interna No. 2021-100-1743 del 13 de septiembre de 2021, en 14 folios, tanto el CONTRATISTA, como la apoderada de la compañía GARANTE guardaron silencio.

Así las cosas, la Oficina Asesora Jurídica, de conformidad con lo señalado en el artículo 276 del CGP, solicitó de oficio a LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, para que procediera a ampliar, complementar o aclarar lo correspondiente a un punto. De igual forma, la Oficina Asesora Jurídica, decretó de oficio, la prueba testimonial de la señora KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA.

Finalizado lo anterior, y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa, se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 16 de noviembre de 2021.

#### **5.7 Audiencia del 16 de noviembre del 2021.**

En esta sesión, encontrándose el procedimiento en periodo probatorio, se procedió a poner en conocimiento de los intervinientes e interesados dentro del presente procedimiento administrativo, las aclaraciones, complementaciones y ajustes decretados de oficio, respecto de la prueba por informe ordenada a LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO. Así mismo, y ante la dificultad en la comunicación con la testigo KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA, señala la jefe de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

*“(…)Les recuerdo que, esta Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de conformidad con las competencias establecidas en la Resolución No. 00334 del 2019 “Por medio de la cual se delegan unas funciones en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica” y actuando bajo el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el día de hoy teníamos programada la práctica de una prueba testimonial que fue decretada de oficio para recibir el testimonio de la ingeniería Karen Rueda, sin embargo como ha sido evidente por parte de los participantes de la misma no ha sido posible tener una comunicación simultánea con la ingeniera, lo cual imposibilita para este despacho poder proceder a practicar el debido testimonio. En ese sentido, procede este despacho en aras a preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa a decretar la suspensión de la audiencia y señalar su reanudación de acuerdo a lo que el testigo ha manifestado para el día 23 de noviembre a las 3:00 p.m. Quedan notificados en estrados las partes y asistentes...”*

Finalizado el anterior, y aras a preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a decretar la suspensión de la audiencia y señalar su reanudación para el día 23 de noviembre a las 3:00 p.m.

#### **5.8. Audiencia del 23 de noviembre del 2021.**

A la hora señalada para tal efecto, se continuó con la audiencia, y se procedió a recibir la prueba testimonial de la señora KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA., en donde se le solicitó de oficio a la testigo que allegara los Informes presentados por TERMEC LTDA., y radicados ante CORMAGDALENA, mediante los cuales dicha compañía informó a la CORPORACIÓN las deficiencias de los equipos de aire acondicionado en la sede de Barrancabermeja (Santander), a efectos de contrastarlos, con aquellos que reposan en el expediente.

Frente a lo anterior, la apoderada del garante, solicitó que dichos informes que fueran presentados por la testigo, también se le corriera traslado de los mismos, junto con la grabación de la presente audiencia.

Finalizado el anterior, y aras a preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a decretar la suspensión de la audiencia y señalar su reanudación para el día 1 de diciembre 2021 a las 10:00 a.m.

#### **5.9. Actuaciones por fuera de audiencia.**

Teniendo en cuenta la solicitud realizada por la apoderada del garante en audiencia del 23 de noviembre de 2021, la oficina asesora jurídica, mediante correo electrónico remitió el mismo día (23 de noviembre de 2021), enlace de ONE DRIVE con la copia de la grabación de la audiencia solicitada, e informó que una vez tuviera los informes antes citados, se procederá a realizarle traslado de los mismos, mediante correo electrónico.

A su vez, la señora KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA., procedió a remitir los informes solicitados, el día 29 de noviembre de 2021, mediante correo electrónico recibido en esta CORPORACIÓN a las 2:30 p.m., en 66 folios, por lo cual, se procedió a correr traslado a la apoderada del GARANTE, mediante correo electrónico del 29 de noviembre de 2021, a las 3:06 p.m., por el término de tres (3) días.

#### **5.10. Audiencia del 1 de diciembre del 2021.**

A la hora señalada para tal efecto, se continuó con la audiencia, y se procedió a informar a los convocados las actuaciones realizadas por fuera de audiencia tanto el 23 como el 29 de noviembre de 2021. Asimismo, de oficio se solicitó como prueba la presentación de PRUEBA POR INFORME No. 2 A CARGO DE LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, teniendo en cuenta la documentación allegada y señalada en el punto anterior, por parte de la testigo señora KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA, al fin que respondiera unas preguntas con base en los informes presentados por la testigo el pasado 29 de noviembre de 2021.

Finalizado el anterior, y aras a preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a decretar la suspensión de la audiencia y señalar su reanudación para el día 18 de enero de 2022 a las 10:00 a.m.

#### **5.11. Actuaciones por fuera de audiencia.**

Mediante comunicación electrónica del 17 de enero de 2022, se informó a las partes por parte de la Oficina Asesora Jurídica que “...*por motivos institucionales se reprogramaría la continuación de la audiencia...*”, razón por la cual, el 7 de marzo del 2022, esta Oficina Asesora Jurídica, remitió correo electrónico informando la

nueva fecha para llevar a cabo la continuación de la audiencia que “...se fijó para el 10 de marzo de 2022 a las 9:00 a.m...”

Asimismo, mediante correo electrónico del 2 de febrero de 2022, se procedió a correr traslado a los convocados de la PRUEBA POR INFORME No. 2, A CARGO DE LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, por el término de tres (3) días hábiles siguientes, para presentar sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste.

### 5.12. Audiencia del 10 de marzo del 2022.

A la hora señalada para tal efecto, se continuó con la audiencia, y se procedió a informar a los convocados, que respecto a las pruebas documentales aportadas por la señora KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA., en atención a la solicitud de oficio de esta Oficina Asesora Jurídica, en la anterior sesión, y corrido el traslado correspondiente a la apoderada del garante, la misma no presentó ninguna manifestación.

Asimismo, respecto a la PRUEBA POR INFORME No. 2, A CARGO DE LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, decretada en la sesión del 1 de diciembre de 2021, se recibió la misma el 12 de enero de 2022, mediante comunicación con radicado 2022-100-0022, en 7 folios, corrido el traslado correspondiente, tanto el CONTRATISTA, como el apoderado de la compañía GARANTE no presentaron ninguna manifestación.

Por tanto, una vez evacuada la totalidad de las pruebas decretadas dentro del presente Procedimiento Administrativo, y finalizada la contradicción de las mismas, se procede por parte de esta Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena, al cierre del periodo probatorio, señalando que, en la reanudación de la misma, se recibirán los alegatos finales por parte de los convocados.

Finalmente, se procedió a reconocer personería a la Dra. LUCERO TELLEZ HERNANDEZ, para actuar en calidad de apoderada de la empresa TERMEC LTDA, con base en el poder otorgado en dicha audiencia por parte de la representante legal suplente, la Sra. LE TUHY TELLEZ HERNANDEZ.

Finalizado el anterior, y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a decretar la suspensión de la audiencia y señalar su reanudación para el día 22 de marzo de 2022 a las 10:00 a.m. con el fin de recibir los alegatos finales.

### 5.13. Actuaciones por fuera de audiencia.

Mediante correo electrónico remitido por la señora KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA, el 15 de marzo de 2022, se solicitó el envío de las grabaciones de las sesiones realizadas a la fecha. Frente a la anterior solicitud, la Oficina Asesora jurídica de



CORMAGDALENA, procedió el 15 de marzo de 2022, a remitir link de acceso a las videograbaciones de todas las audiencias (8 en total), que se han desarrollado a la fecha.

Mediante correo electrónico remitido a las partes el 22 de marzo del 2022, se procedió a informar por parte de esta Oficina Asesora Jurídica, que por motivos institucionales se reprogramó la continuación de la audiencia, para el jueves 24 de marzo de 2022 a las 3:00 p.m.

Frente a esta comunicación, la apoderada de la compañía garante, remitió mediante correo electrónico, fechado el 22 de marzo de 2022, derecho de petición con solicitud aplazamiento de la Continuación audiencia antes referida, señalando que *“...Lo anterior, en consideración a que por razones ajenas a nuestra voluntad (la suscrita tiene audiencia de procedimiento de responsabilidad fiscal programada con anterioridad para el día 24 de marzo de 2022 todo el día), no nos es posible asistir a la audiencia en la fecha fijada, ni disponer del tiempo suficiente para su atención...”*

Por tanto, y ante la anterior solicitud, esta Oficina Asesora Jurídica procedió a reprogramar la continuación de la audiencia antes señalada, para el día martes 29 de marzo de 2022 a las 9:00 a.m.

A pesar de lo anterior por motivos institucionales, tanto el pasado 28 de marzo del corriente, como el 1 de abril de 2022, y el 7 de abril de 2022, se remitió correo a los convocados y demás interesados, informando la reprogramación de oficio, de la continuación de la presente audiencia, señalando como nueva fecha el día jueves 28 de abril de 2022, a las 2:30 p.m.

#### **5.14. Audiencia del 28 de abril del 2022.**

A la hora señalada para tal efecto, se continuó con la audiencia, y se procedió ante el cierre del periodo probatorio en la sesión pasada, a dar paso a los alegatos finales, para lo cual, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena otorgó el uso de la palabra al apoderado del Contratista, el cual señaló:

*“...Bueno muy buenas tardes a todos en especial pues a Cormagdalena y a la aseguradora a la doctora Paula de la aseguradora seguros del Estado quien es el asegurador en el presente caso. Inició solicitando un saneamiento de proceso y ello con el objeto de cómo nos enseña el CPACA evitar el nulidades posteriores que pudieran no ser declaradas en su debido momento, el primer punto en relación con este saneamiento del proceso hace referencia a que esta audiencia y este trámite ha sido citado conforme a la parte primera del CPACA y también se ha hecho referencia a la proposición de debido proceso que trae Estatuto general de contratación, tal y conforme queda establecido en las audiencias que han sido enviada si los documentos que han sido allegados, ¿por qué hacemos este esta solicitud de saneamiento del proceso? porque el principio constitucional del debido*

proceso atiende a que se debe estar en situación de un proceso reglado el con procedimientos que son de orden público y atendido por las personas que el trámite y el procedimiento establece. Por eso y en procura de que estos alegatos sean escuchados y yo solicitaría que pues las personas que están a cargo de tomar las decisiones tuvieran sus pantallas encendidas porque pues uno no sabe si las personas están escuchando el alegato o no lo están escuchando por ello y teniendo presente que lo que pretende Cormagdalena es siniestrar la póliza pues es muy importante que tengamos en cuenta que hay una norma especial y conforme nos enseña el código de proceso el código de procedimiento administrativo y lo Contencioso Administrativo la parte primera de ese Estatuto de ese código será utilizado única y exclusivamente siempre que no exista un procedimiento especial como el procedimiento de debido proceso en materia contractual. Entendiendo que hay un proceso especial pedimos saneamiento toda vez que esta audiencia se está llevando a cabo conforme a la parte primera del CPACA correspondiendo habiendo una contratación administrativa y siendo Cormagdalena uno de los sujetos establecidos en las modificaciones de la ley 80 como entidad que debe atender a los principios orientadores de la ley 80 entonces que se proceda a establecer cuando se dicte la decisión final si estábamos frente a un debido proceso de ley 80 o estábamos frente a un procedimiento ordinario de la parte primera del CPACA, esto en protección a los al derecho del debido proceso a que la protección constitucional que le da a la compañía TEMERC LTDA en primer lugar eso, en segundo punto del saneamiento de proceso que se solicita es el referente a una autorización no una delegación que se le da a la doctora Deisy Galvis en relación como persona que puede surtir este tipo de audiencias dado que siempre la norma establece que serán escuchadas y que estos trámites se este deben ser precedidos de la presencia del representante legal de la entidad esto querría decir del representante legal de Cormagdalena, nos fue dicho en los informes que en las audiencias que nos enviaron vía internet que existe una delegación dicha delegación no fue puesta en nuestro conocimiento ni hace parte del expediente virtual que nos ha sido enviada motivo por el cual en este momento no tenemos certeza de que la oficina asesora jurídica de Cormagdalena tenga competencia no solamente para escuchar este proceso dirigirlo sino también y por sobre todo de tomar decisiones sobre el fallo. En ese orden, de ideas también pedimos pues el saneamiento del proceso para que sea llegue esa resolución en la que se nos informa que la persona que está escuchando la audiencia y que la está presidiendo pues es la persona que la ley a delegado para ello dado que digamos que la competencia funcional tal como lo enseña el código general del proceso es un requisito de saneamiento del proceso que debe ser de manera inmediata atendido en estos casos y finalmente y como saneamiento de proceso para evitar nulidades establecemos que el contrato suscrito entre TERMEC LTDA y Cormagdalena que tenía como objeto el mantenimiento preventivo y correctivo de unos Aires acondicionados pues se encuentra finalizado hace más o menos o más de un año motivo por el cual pues en este momento no se podría con el proceso establecido de debido proceso que tiene 2



*finalidades la primera imponer sanciones y la segunda declarar, o la caducidad del contrato o el incumplimiento del mismo 2 proposiciones que a esta altura de la ejecución de esta de este cometido contractual pues son realmente imposibles porque el contrato ya finalizó y se tienen actas de entrega ha recibido a satisfacción, De hecho cuando se produce la facturación como un requisito un requisito sine qua non para que la facturación hubiera podido ser pagada pues era que se cumpliera con todos los requisitos y protocolos que exige la contratación administrativa entre ellos un informe pormenorizado del señor o de la señora supervisora quien estuviera a cargo y ese informe fue recibido por la oficina pagadora de cormagdalena es sin objeción alguna sobre ello entonces estos 3 motivos de saneamiento del proceso el primero saber si estamos bajo un trámite de la ley 1474 en 2011 artículo 86 o si estamos bajo el imperio de la parte primera del CPCA tal de que son dos procesos totalmente distintos y el ordenamiento exige que se especifique bajo qué procedimiento estamos, segundo que se envíe para revisión la delegación de la Facultad de atender estas audiencias facultad que como los digo es investigar indelegable porque es una Facultad de tipo legal y atiende a la competencia funcional que el código general del proceso nos dice que debe ser debe procederse de manera inmediata a su subsanación y el tercer por supuesto decir que no se puede ni sancionar ni terminar ni incumplir el contrato dado que existe prueba dentro del informe de que el contrato ya terminó por labor y terminó por terminó por tiempo por plazo y se tienen en este momento las actas de recibo a satisfacción del servicio prestado diciendo estoy quedando claro pues la solicitud de saneamiento del proceso y empezaremos en dado que y la opción de que los saneamientos del proceso no se accede a los saneamientos del proceso, pues tenemos claro que llevamos más o menos con esta creo que son unas 6 audiencias más 3 que nos han aplazado, pues llevamos un tiempo bastante bastante extenso al punto que pues es el tiempo de los funcionarios de cormagdalena que son servidores públicos que es un tiempo que está pagando el estado, de los contratistas de Cormagdalena que por supuesto también está pagando el estado de la empresa privada de la empresa privada representada en la las abogadas de la aseguradora y los representantes legales de la firma en donde lo que se pretende pues ya prácticamente está cubierto con el dinero que ha demandado todo este trámite así las cosas pasaremos a hacer las alegaciones sobre un siniestro, el posible siniestro de una póliza que la única forma de siniestrarse dado que ésta no es una facultad exorbitante que está en la ley 80 y sus modificaciones en el decreto único reglamentario él solamente puede proceder sí y sólo sí o se tiene como precedente y requisito sine qua non un proceso sancionatorio, un proceso de incumplimiento parcial o total o una caducidad del contrato siniestra una póliza representa saber qué fue lo que no se hizo dentro del contrato y dentro del contrato tenemos claro que se realizarán todas*

(...)

No obstante que voy a seguir tu solicitud le recuerdo que la audiencia es oral como lo exige el CPACA y el código de procedimiento son audiencias orales y no visuales, para nosotros si es necesario ver que ustedes si están allí escuchando la deposición porque pues eso es una facultad del debido proceso, puede quedar intermitente el sonido vuelvo y le repito la señal en Bogotá está muy mala claro acaba de notificar que nos va a cortar la, está intermitente el servicio de internet No obstante no tengo ningún inconveniente en hacer encender la camara y recordándole que el juicio es oral y no visual. así las cosas quisiera referirme a que el objeto del contrato y este objeto de contrato es muy muy importante ¿por que? porque se trata de mantenimiento correctivo y mantenimiento preventivo este mantenimiento correctivo y preventivo si ustedes me permiten un momento ya que la doctora me dio la oportunidad de encender la Cámara quisiera leer el objeto del contrato que se encuentra en la pantalla dice prestar el servicio de mantenimiento preventivo correctivo y de revisión de la red de frío refrigeradores y congeladores del departamento perdón... del departamento del Magdalena plazo de ejecución será el 29/12/2020 actas a satisfacción las actas que se encuentran en la imagen demuestran que las actas fueron firmadas a satisfacción por Marcela Guevara Ospina secretaria general, la primera acta el 30 de junio, la segunda acta el 30 de septiembre, la tercera acta el 3 de El 18 de diciembre todos del año 2020 donde se hace alcances a mantenimientos de las facturas 96,125,183,184,159,160 y 196 en correos que se presentan en debida forma a Cormagdalena también quiero reiterar allí que cuando se hace la supuesta afectación al amparo de la póliza cierto nos están diciendo que tenemos un un parecer de alguien voy a hacer el la lectura literal de la parte de transcripción que se hace de la audiencia qué se surtió esa fue la segunda audiencia que según el audio se surte de conformidad con el artículo 34 y 45 del CPACA que minuto en el minuto 31:50 en donde dice que la evaluación de la temperatura es hay que informar por escrito la naturaleza incluyendo las recomendaciones y hace una recomendación la persona que hace la deposición hace una recomendación diciendo que en su parecer y en parecer de algunos de los funcionarios y visitantes de la oficina de Cormagdalena considera considera que los aires acondicionado no está enfriando lo suficiente eso quiere decir que la percepción fue adquirida por los sentidos qué quiere decir eso es posible que yo piense que hoy en Bogotá está haciendo frío pero es posible que haya otra persona que piense que el clima está normal. En ese orden ideas, pues estamos claros tenemos bastante claridad en determinar qué la evaluación de una temperatura o del fallo de una temperatura debe ser hecha por un técnico por una persona que pueda dar un dictamen técnico en relación con eso estamos también una imprecisión que se hace ahí al determinar que Karen Dayana Rueda es una profesional de nuestra área técnica por lo cual eso nunca fue cierto porque el ingeniero residente que se tiene y que se presentó al contrato es és el ingeniero Henry Alberto Villarreal quién pues tiene no solamente tiene los títulos sino una experiencia de más de 37 años en segundo lugar queremos hacer referencia a cómo se entiende si se quisiera siniestrar una póliza y repito debería hacerse conforme lo dice la ley





80 cierto, es decir, bajo un incumplimiento parcial o total del contrato cosa que no se dio el tenemos claro que al contrato y el servicio haber sido cancelado y enviado a nosotros un borrador de liquidación donde el contrato se entiende cumplido al 100% pues no queda margen para decir cuál fue el grado de incumplimiento entonces yo no puedo determinar un grado de incumplimiento si tengo al lado en contrapartida una orden de cumplimiento del 100%. El Consejo de Estado ha determinado que no se puede cobrar el seguro completo si parte del contrato se ha cumplido porque eso sería un enriquecimiento ilícito de parte del Gobierno que se debe atender a cuál fue el grado de afectación del incumplimiento o del no cumplimiento a efectos de determinar cuál sería la más eh sobre la cual se puede hacer exigible a él al contratista una suma por concepto de perjuicios o de mal funcionamiento así las cosas pues debería determinarse antes de tomarse una decisión cuál fue el grado de cumplimiento para así poder determinar cuál fue el grado de no cumplimiento a efecto de saber cuál sería la base sobre la cual se liquidaría el contrato les doy un ejemplo yo tengo pérdida total de mi vehículo pues me tienen que pagar el vehículo pero si lo que se me daño fue un espejo pues yo no puedo pretender que me devuelvan todo el pago del vehículo podría pretender que la aseguradora me responda ¿por que? por el espejo y en este informativo se ha dicho que se va a siniestrar toda la póliza, cosa que no es ni proporcional ni correspondiente y a implicaría un enriquecimiento ilícito de parte del Gobierno representado por Magdalena de otra parte cormagdalena dice que determina que es responsabilidad cierto del contratista e dado que en el informe se les dice que esos ese aire acondicionado en particular que se pide sobre el cual se se determina que hubo algún tipo de Falla en el servicio se dice que el el contratista que iba a ser una un mantenimiento correctivo y preventivo debería saber el grado de obsolescencia pues es que el grado de obsolescencia con la resolución 533 del 2015 le obliga a Cormagdalena a mirar si su propiedad planta y equipos está totalmente depreciados y si están totalmente depreciados lo que debe lo que debe hacer es darlos de baja y en contrapartida de esto debió haber mediante el principio que es un el uno de los principales principios orientadores de la ley 80 mediante el principio de planeación no debió sacar este aire acondicionado a mantenimiento preventivo y correctivo no que está más que probado que ese aire debió haber sido dado de baja de acuerdo con la determinación de la resolución 533 del 2015 en donde propiedad planta y equipos debe ser dado como que si no presenta beneficio económico es bien debe ser dado de baja conforme a las normas que orientan la contabilidad estatal entonces fíjense si uno se pone a pensar que lo que quiere Cormagdalena es que sea la persona que va a hacer un mantenimiento quien diga si su producto está o no está en desuso o depreciado pues sería ir más allá de aquella competencia que pudiera tener el contratista también cuando Cormagdalena nos dice que que si el equipo estaba tan antiguo cierto pues porque no se tiene en consideración una supuesta falla en la medición de la temperatura cuando el contratista término les dijo de manera muy clara que pues lo que pasaba era que los tableros que tiene ese aire acondicionado en particular pues no podían dar medición de temperatura porque no está diseñado para

eso entonces les doy un ejemplo yo contrato una empresa de refrigeración para que venga y me revise la nevera mantenimiento correctivo y preventivo y les digo ustedes incumplieron el contrato porque mi nevera sigue siendo una nevera y no un 9 con pues no es que yo no le puedo cambiar la naturaleza al bien que usted me entrega en un contrato preventivo o correctivo entonces así las cosas no vemos un fundamento legal ni jurídico ni fact ni contable para que se le esté pidiendo a la compañía termec limitada uno que debió ser ella quien dijera que el equipo estaba viejo o que la propiedad planta y equipos que tiene Cormagdalena estaba depreciada eso se debió hacer conforme al principio de planeación en el momento en que Cormagdalena hizo su presupuesto y determinó qué elementos de su propiedad planta y equipo le iba a hacer mantenimiento porque pues si el equipo ya está tan en desuso lo que debió planear fue la compra de un equipo nuevo segundo que no se puede siniestrar la póliza totalmente cuando tengo un cumplimiento del 100% en un la liquidación en una liquidación que me mandan en borrador en donde me dicen que me pagaron todo, sí ya me pagaron todo quiere decir que yo cumplí y si yo cumplí usted no puede siniestrar el 100% de la póliza y en tercer lugar qué no puedo hacer aparecer un control de temperatura en un equipo que no lo tiene porque es que yo no le puedo instalar algo al equipo porque eso lo tendría que hacer el fabricante del equipo si es que el equipo resiste ese tipo de renovación y en tercer lugar y no por ello menos importante quiero decirle que no existe un dictamen técnico sino en la audiencia número 3 dice que hay una percepción y minuto 4227 mal funcionamiento de los equipos por percepción de los sentidos entonces pues si hay un mal funcionamiento porque alguien le parece que no enfría lo suficiente pues les quiero decir que si yo coloco un aire acondicionado por potente que sea en la mitad de El estadio el campín pues no enfriar y puede que la percepción mía sea que enfría y la percepción del otro que no enfría y el otro que sí enfría y para los gustos los colores entonces pues no se podría tomar una decisión sin un concepto técnico muchísimas gracias a todos por escucharnos. Ah bueno solicito y se archive el expediente...”

Finalizada la intervención de la apoderada del Contratista, se continúa con la intervención apoderada del Garante, en los siguientes términos:

“...Perfecto doctora muchas gracias y bueno seguros del Estado se permite exponer los alegatos de conclusión de la siguiente manera y se reitera como se expuso en los descargos dados en la imposibilidad de hacer efectivo el amparo de calidad del servicio por inexistencia de la cobertura frente a este tema del artículo 2.2.1.2.3.1.7 el decreto 1082 del 2015 ordinal 6 habla sobre la cobertura del amparo de calidad del servicio de la siguiente manera me permito leer textualmente “la calidad del servicio este amparo cubre a la entidad estatal por los perjuicios derivados de la eficiencia calidad del servicio prestado el valor asegurado es determinado por la entidad pública contratante teniendo en cuenta el objeto el valor la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato la administración puede fijar

libremente la vigencia del amparo pero el plazo mínimo debe cubrir el lapso en el que de acuerdo con la legislación civil o comercial el contratista debería responder por la garantía mínima presunta y por vicios ocultos” así las cosas es claro que a partir del recibo del mismo es que se inicia la vigencia temporal de esta cobertura y se extiende por el plazo pactado en razón a que se considera un término razonable para que se manifiesten estas deficiencias de la calidad imputables al contratista en efecto la cobertura se funda la responsabilidad de quien ha encargado para la confección de un bien material o equipo el surgimiento de la responsabilidad del contratista en los términos antes señalados supone cómo se dispone la norma que el simple recibo a satisfacción realmente no redunde en la ausencia de responsabilidad del empresario pues sólo es reflejo del bien que sea recibido como exteriormente se ajusta al plan y a las reglas del arte, Ahora bien el amparo de calidad del servicio para que sea efectivo como lo enuncia el clausulado de la póliza se deben acreditar los siguientes puntos el primero un perjuicio sufrido el segundo una deficiente calidad del servicio prestado el tercero que se ocasionen con posterioridad a la terminación del contrato garantizado y el cuarto que los daños y perjuicios sean imputables al contratista en ese mismo sentido como lo mencioné las condiciones generales aplicables a las póliza de seguro que fueron conocidas y aceptadas por el tomador y el asegurado en lo que al amparo de estabilidad y calidad de la obra dispone lo siguiente 1.7 amparo de calidad del servicio el amparo de calidad del servicio cubre en la entidad estatal asegurada de los perjuicios imputables al contratista garantizado que se ocasionen con posterioridad a la terminación del contrato garantizado y que se deriven la deficiente calidad del servicio prestado en los contratos de interventoría la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del parágrafo del artículo 85 de la ley 1474 de 2011” en este orden de ideas y sin entrar a determinar si se cumplen los requisitos uno 2 y 3 además del 4 y anteriores vemos que el número 4 relacionado con la atribuibilidad del contratista no se cumplió en el presente caso la entidad no demostró que los supuestos daños fueran ocasionados por la acción u omisión del contratista lo que imposibilita que se pueda hacer efectiva la póliza en su amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes o el amparo de calidad del servicio también es de suma importancia reiterar y verificando el anexo único vigente de la póliza número 36-44-101047202 expedido por la aseguradora correspondiente al anexo número cero se pudo evidenciar que los amparos otorgados con la misma corresponden a los siguientes frente a la calidad del servicio vigencia desde el 19/05/2020 hasta el 30/06/2021 por una suma asegurada actual de DOS MILLONES QUINIENTOS VEITE MIL PESOS (\$2,520,000) en la parte de aclaraciones se puede observar lo siguiente “este amparo inicia vigencia una vez se ha finalizado la ejecución del contrato y/o con la firma del acta de entrega a satisfacción del mismo” como se puede evidenciar en la carátula de la póliza y revisando nuestro sistema de expedición de pólizas encontramos que posterior al anexo cero no se realizaron modificaciones adicionales a la póliza es decir que luego de la emisión original de la misma no existen modificaciones adicionales en lo que





respecta al amparo de calidad del servicio existe una anotación en relación con la vigencia la cual ya acuerdo con él aparte de la carátula del único anexo de la póliza expedido por esta aseguradora y que se indica en la imagen anterior iniciará una vez se ha finalizado la ejecución del contrato y/o con la firma del acta de entrega satisfacción del mismo la cual está relacionada con el asterisco que se registra en el acápite de amparos al frente de calidad del servicio por lo tanto se entiende que el amparo terminó vigencia el 30/06/2021 en este orden de ideas como puede observarse la administración no puede pretender hacer efectivo al amparo post contractual de calidad del servicio cuando no existió el acta de recibo a satisfacción del contrato con el lleno de los requisitos y condiciones lo que no permitió que yo amparo iniciara vigencia encontrándose que los hechos que hoy reclama la entidad contratante no tengan cobertura al no haberse iniciado la vigencia del amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Ahora bien, la entidad también debe tener en cuenta las exclusiones contenidas en la póliza suscrita puntualmente la siguiente “numeral 2 exclusiones 2.4 el deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo como se pudo observar durante el procedimiento administrativo sancionatorio que se llevó al cabo, los Aires acondicionados objeto del contrato tienen un tiempo de garantía y de funcionamiento que según los expertos pues ya caducado, son unos Aires acondicionados, por lo que se puede entender, por la compañía aseguradora, Aires acondicionados que ya han sufrido un deterioro normal del tiempo y por lo tanto el contratista no puede hacerse cargo de este deterioro sufran los ítems contratados teniendo en cuenta lo anterior Cormagdalena deberá proceder a dar por terminado el procedimiento administrativo sancionatorio y desvincular a seguros del Estado SA del pago de la indemnización por no haber vencido la vigencia del amparo de calidad del servicio que se pretende afectar y por ende no tener cobertura en los hechos reclamados lo que implica que no haya surgido una responsabilidad contractual para seguros del Estado SA. Ahora bien también es importante resaltar una indebida tasación de los perjuicios supuestamente ocasionados a la entidad el artículo 1077 el código del Comercio el cual contiene textualmente lo siguiente “artículo 1077 corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro así como la cuantía de la pérdida si fuera el caso el asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad” se resalta que en primer lugar corresponde al asegurado demostrar de forma clara y precisa el perjuicio y no de manera supuesta pues en todo contrato de seguro se debe acreditar y cuantificar los perjuicios dado el carácter indemnizatorio que ostenta el contrato asegurador pues sería completamente contrario a derecho que la entidad como beneficiaria a este seguro pretendiera sumas no constitutivas de perjuicio Ahora bien la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado ha reiterado que cuando una entidad estatal pretende afectar una póliza de cumplimiento en los perjuicios sufridos por el presunto incumplimiento del contratista dicho perjuicio no puede ser supuesto sino que debe ser plenamente determinado y tasado toda vez que el perjuicio o daño que se alega por parte del ente público debe ser plenamente





*demostrado y debidamente motivado pues no puede darse lugar a un enriquecimiento sin justa causa del ente estatal y en tal sentido se expresó en sentencia esta honorable corporación de la siguiente manera “es así como se reitera una vez más que las entidades estatales no están obligadas a acudir al juez del contrato para que declare los siniestros ya que gozan de potestad para hacerlo unilateralmente incluso la jurisprudencia se ha referido al término con el que cuenta la administración para declararlo luego de la ocurrencia del hecho que el original” en efecto para en este caso la entidad no ha demostrado que los perjuicios sean directos es más la entidad pasa por alto lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina colombiana en lo que hace referencia a los requisitos del daño para que el mismo resulte ser objeto de una eventual indemnización o reparación pecuniaria para que sea estimado como tal pues en un primer momento debe ser cierto esto significa que cuando aparece consumado el perjuicio y definitivo efectivo y real en el momento del de liquidarse es cuando se debe indemnizar la certeza del daño debe ser absoluta para que el daño sea resarcible como segundo punto encontramos que debe ser actual el perjuicio debe ser actual pero debe existir certeza de este y como tercer punto encontramos que debe ser directo el responsable del daño tiene la obligación de reparar el daño cuando tiene relación plena con su conducta. Así las cosas en cuanto a la posible afectación del amparo de calidad del servicio contenido de la póliza del asunto es del caso manifestar que dicha cobertura opera siempre y cuando el asegurado sufre algún perjuicio directo derivado del incumplimiento imputable de forma exclusiva al tomador del seguro debiendo ser debidamente probado y cuantificado por lo tanto para acceder a cualquier tipo de indemnización con cargo al citado amparo es necesario que el asegurado demuestre además del incumplimiento de las obligaciones a cargo del tomador de la póliza la existencia de un perjuicio efectivamente sufrido como consecuencia de la conducta desplegada por el contratista mediante el envío de las pruebas idóneas que consideren para tal fin tales como nuevos contratos soportes de pago facturas de compra etcétera que demuestren en forma inequívoca la Asunción del beneficiario del contrato de seguros sin que medie ninguna causal eximente de responsabilidad a favor del contratista tomada estos son los alegatos de conclusión que pretende presentar seguros del Estado doctores muchísimas gracias...”*

Escuchados los alegatos finales, procedió la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena, en aras a preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa a decretar la suspensión de la audiencia y señalar su reanudación para el día 27 de mayo de 2022 a las 9:30 a.m., en la cual se adoptará decisión. Sin embargo, por motivos institucionales se reprogramó la continuación de la audiencia programada y señalada anteriormente. Por tanto, una vez fue conciliada la nueva fecha, se fijó la misma para el día viernes 24 de Junio de 2022, a las 10:00 am.

## **6. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.**

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste tanto a la sociedad **TERMEC LTDA**, como a su garante compañía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, quienes fueron vinculados en legal forma al trámite, en cumplimiento de los artículos 29 de la Constitución Nacional y artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, así como del trámite administrativo previsto en el Título III Capítulo I Reglas Generales Procedimiento administrativo común y principal, artículos 34 al 45 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y demás normas concordantes.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, indica:

*“Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...).”*

El artículo anteriormente referido, es aplicable entre otros argumentos, por lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

*“(...) En este punto conviene precisar que no debe confundirse la exigencia de las garantías contractuales, con las potestades sancionatorias de la administración ya que su función básica es la de proteger el interés público y el patrimonio de la administración, frente a los incumplimientos imputable al contratista y no participa de la naturaleza de apremio que poseen las multas contractuales o del carácter de estimación anticipada de perjuicios como la cláusula penal, pero al amparo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, este tema así como la actividad contractual en general, se encuentra cobijado por las normas que rigen el ejercicio de la función administrativa.*

*Así lo ha reconocido la Sala:*

*“Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como principio rector de la contratación estatal. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la*

posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Este precepto exhorta a incrementar, en materia administrativa contractual, las garantías que integran el debido proceso, tomando el legislador partido por esa situación histórica deplorable que ha vivido este derecho fundamental, y que urge introducirlo en los distintos procedimientos, y en particular en el contractual. Se trata de un impulso que reafirma –no crea- el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo. En tal sentido, de la norma se desprenden varias ideas, que explican su contenido: En primer lugar, señala que “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora. **De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas. En segundo lugar, el mismo aparte citado produce otra perplejidad, que solo se resuelve acudiendo al art. 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las actuaciones sancionatorias contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las actuaciones no sancionatorias, es decir, aquellas donde se asignan o niegan derechos, o se imponen obligaciones.** A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de procedimiento es innegable-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros. **Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no.** Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la preexistencia de la falta y la sanción, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la presunción de inocencia, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos<sup>3</sup>”.

3 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16367, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.



*Pues bien, aclarado el ámbito de aplicación de esta garantía constitucional, debe verificarse la actuación de la entidad en este caso concreto, con el fin de determinar si las resoluciones objeto de análisis fueron proferidas con audiencia de la contratista y con respeto de su derecho de contradicción y de defensa, como elementos integrantes del derecho fundamental al debido proceso. (...)”<sup>4</sup> (Negrilla fuera de texto.)*

Así las cosas, para adoptar la decisión dentro del marco del presente procedimiento administrativo tendiente a establecer si el contratista **TERMEC LTDA**, se le puede hacer efectivo el amparo de calidad del servicio que garantiza el Contrato No. MC-008-2020, en los términos establecidos en el Oficio de citación, la Oficina Asesora Jurídica abordará los siguientes acápites tendiente a determinar la presunta ocurrencia o no del siniestro, así: 6.1. Marco Jurídico; 6.2. Hechos Probados; 6.3. Petición Previa a la decisión. Solicitud de apoderada del contratista, relativa al saneamiento del procedimiento administrativo, y 6.4. El Caso en Concreto.

### 1.1. El Marco Jurídico:

En este orden de ideas, previo a valorar los aspectos específicos del caso que nos ocupa, esta Oficina atendiendo a la naturaleza del procedimiento administrativo solicitado e iniciado por la presunta ocurrencia del siniestro de calidad del servicio, estima necesario definir el marco jurídico en relación con la imputación jurídica de la garantía de calidad del servicio en los contratos de prestación de servicios, así como el valor probatorio de las pruebas recaudadas dentro del procedimiento administrativo.

Por ello, la filosofía de la garantía única de cumplimiento, conlleva a la existencia de diversos amparos debidamente discriminados por la ley, luego, no es posible aplicarse o exigirse de manera indistinta la efectividad de tales amparos y valores, cuando no se han dado los presupuestos naturales para cada uno de los amparos, así como para los valores asegurados. Es así como, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el legislador estableció una diferencia entre los distintos amparos que deben ser garantizados por el contratista. A diferencia del amparo de cumplimiento, el **amparo de calidad del servicio** en la prestación de servicios: i) se expide con el ánimo de avalar obligaciones que se deban cumplir o surgidas con posterioridad a la extinción del contrato, más no para avalar el cumplimiento de obligaciones propiamente contractuales, o para garantizar obligaciones post contractuales de otra naturaleza, pues, si los dos ampararan lo mismo, no tendría sentido la diferenciación que la ley ofrece al respecto; ii) se debe solicitar en los contratos de prestación de servicios en la medida, en que precisamente, dicha calidad del servicio no pueda verificarse durante la ejecución del contrato, sino a *posteriori*.

En efecto, el inciso 4º del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, dispone lo siguiente:

4 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de junio de 2012. Rad. 25000-23-26-000-1997-04921-01 (22899). C.P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz.



*“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.” (Subrayas fuera de texto).*

Nótese que el mencionado artículo, establece la necesidad del amparo de calidad del servicio para avalar las obligaciones que deba cumplir el contratista con posterioridad a la extinción del contrato, pues, para la vigencia del contrato en cuanto al cumplimiento contractual está precisamente el amparo de cumplimiento.

Así mismo, en materia de amparo de calidad del servicio, en lo referente al Decreto 1082 de 2015, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente ha expresado lo siguiente:

*“(…) El amparo de calidad del servicio cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado por el contratista. Estos perjuicios generalmente se presentan con posterioridad a la terminación del contrato, como por ejemplo los que se generan por la mala calidad o insuficiencia de los entregables en un contrato de consultoría.*

*La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato, sin que se establezcan unos porcentajes mínimos.*

*En general, el amparo se debe solicitar en los contratos de prestación de servicios en la medida en que la calidad del servicio no pueda verificarse durante la ejecución del contrato (como sería el caso del contrato de prestación de servicios para realizar los diseños de una obra, dado que su deficiente calidad será evidenciada al momento de la construcción de la obra). En los contratos de prestación de servicios de vigilancia, aseo y cafetería, entre otros, en los que la calidad del servicio objeto del contrato se verifica al momento de su prestación, no es útil requerir el amparo y su prestación tardía o defectuosa estará cubierta bajo el amparo de cumplimiento...”<sup>5</sup>*

De igual forma, el Decreto 1082 de 2015 señala que nos encontramos frente a un amparo post contractual, dado que: i) el Artículo 2.2.1.2.3.1.7. establece que “...Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: (...) 6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado...”; y ii) el artículo 2.2.1.2.3.1.15, el cual señala la suficiencia de la garantía “...debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las

<sup>5</sup> <https://www.colombiacompra.gov.co/content/que-es-el-amparo-de-calidad-del-servicio>. Sobre el Decreto 1082 de 2015. Numeral 6 del artículo 2.2.1.2.3.1.7, y artículo 2.2.1.2.3.1.15.

*obligaciones contenidas en el contrato. En los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del parágrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011...". Por tanto, en este texto normativo, se aclara la naturaleza de amparo post contractual, y va acompasado con la clasificación que acompaña el criterio técnico, por medio del cual, las aseguradoras lo otorgan.*

Así las cosas, tenemos primero que se trata de un amparo post contractual en vigencia de su reglamentación por su razón o fin teleológico, y debe cumplir con dos requisitos:

1. **Existencia un perjuicio imputable al contratista garantizado.**
2. **Que el perjuicio surja con posterioridad a la terminación del contrato.**

En reiterados pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado<sup>6</sup>, tenemos que en materia dispositiva relacionada con la contratación estatal, “..la póliza de seguro de cumplimiento, funge como garantía única de las obligaciones emanadas del contrato, y ello implica que cada amparo deba analizarse de manera independiente, acorde con la naturaleza del riesgo que asume el asegurador y, por ende, en algunos casos muy específicos **no tiene aplicación el principio de indemnización y el principio de proporcionalidad**, como sucede, por citar solo un ejemplo, en los casos de exigibilidad de la garantía por imposición de multas, sencillamente porque las multas tienen naturaleza conminatoria -sancionatoria y no indemnizatoria...”<sup>7</sup> (Negritas fuera de texto)

De esta forma, por vía del marco normativo al que se alude, se les exige a los contratistas particulares la obligación de constituir una garantía única por medio de la cual se aseguren los posibles riesgos o siniestros que se puedan generar en la etapa post contractual, normas que son de orden público, pues por medio de las mismas lo que se busca es proteger el patrimonio público de eventuales detrimentos.

Por ende, los perjuicios cubiertos por las pólizas de garantías constituidas en favor de las Entidades Estatales son el daño emergente y el lucro cesante. Por tanto, los perjuicios materiales se concretan en los detrimentos o pérdidas económicas patrimoniales efectivas que sufre un determinado sujeto de derecho, ya sea por la disminución o merma que efectivamente se produjo en su patrimonio, o que seguramente se producirá, por la sustracción o menoscabo de los bienes que lo

6 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. No.: 25000-23-26-000-1999-00662-01(25742). CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Rad. No.: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)

7 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad. 25000-23-26-000-2003-00874-01(28278)

conforman o por la disminución o “cese de posibilidades ciertas de rendimiento futuro”<sup>8</sup>

A su vez, los daños materiales se subdividen en dos tipos de daños a saber, el Daño emergente o “*dammun egens*” y el Lucro cesante o “*lucrum cessans*”.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, ha señalado respecto de estos dos conceptos, lo siguiente:

“(…) 3.1. Daño Emergente o “*dammun emergens*”.

*Según el artículo 1614 del Código Civil el daño emergente se define como aquel perjuicio, pérdida o mengua del patrimonio económico que sufre un determinado sujeto de derecho por no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido de forma imperfecta o haberse retardado su cumplimiento.*

*También se ha señalado que el daño emergente es “la disminución inmediata de los efectivos económicos de la víctima, los bienes que se sustrajeron, considerados en sí mismos o en su equivalente pecuniario: el deterioro que experimentaron; lo que se gastó para recuperarlos o se ha de invertir en su remiendo, el costo del restablecimiento físico, los gastos efectuados que habrán de ser sufragados. Al decir que el daño emergente es pérdida efectiva, se alude a un tiempo a las pérdidas y erogaciones causadas ya al momento en que se conceptúa, como también a los créditos contraídos para entonces, a la destrucción que no habiéndose consumado ciertamente va a ocurrir, a los pagos no devengados aún pero que sin duda habrán de sobrevenir.*

(…)

*Con otras palabras el daño emergente es la pérdida o merma efectiva de los bienes económicos patrimoniales o la “disminución del saldo patrimonial de la víctima”, cuya causación supone que algún bien económico del patrimonio del contratante cumplido salió o saldrá, se deterioró o se deteriorará con ocasión del incumplimiento de las prestaciones a cargo de su co-contratante, de su cumplimiento imperfecto o tardío. A su vez, el daño emergente puede ser consolidado o futuro según el momento de su causación, es decir será consolidado si se originó dentro del momento comprendido entre la ocurrencia del hecho dañino y el pronunciamiento judicial y será futuro aquel que si bien a la fecha del pronunciamiento judicial no se ha producido se sabe que se producirá “una vez estudiadas las probabilidades y admitido un evidente margen de contingencias”<sup>9</sup>.*

#### 1. Lucro cesante o “*lucrum cessans*”.

<sup>8</sup> HINESTROSA FORERO. FERNANDO. Curso de Obligaciones, conferencias. Segunda Edición. Mimeografiada. Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1960. Pág. 335.

<sup>9</sup> Op. Cit. Página 336.

*Según el artículo 1614 del Código Civil el lucro cesante se define como toda ganancia o provecho que deja de reportarse como consecuencia de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido de forma imperfecta o de haberse retardado su cumplimiento.*

*En lo relativo al perjuicio al que se alude se ha señalado que es “todo lo que la persona deja de percibir por causa de la acción delictiva, ganancias que se evaden, utilidades que no se incorporan por el estado en que la deja la infracción, en fin, todo aumento patrimonial que deja de causarse a través del ilícito, siempre que se demuestre la conexión íntima entre el quebranto y la actividad del demandado circunstancia exigida genéricamente, pero que aquí adquiere un relieve singular”<sup>10</sup>.*

*Ya la Sección Tercera de ésta Corporación había señalado:*

*“En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna”<sup>11</sup>.*

*Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado.”<sup>12</sup> (...)”<sup>13</sup>*

Así las cosas, para hacer efectivo el amparo de calidad del servicio contenido en una garantía única de cumplimiento, se hace necesario la presencia de un daño o perjuicio indemnizable, que dicho daño sea imputable al contratista, y que además, el daño corresponda a un daño emergente o un lucro cesante, como lo señaló la jurisprudencia anteriormente citada, así como que el referido daño sea por la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

Ahora bien, la declaratoria del siniestro de calidad del servicio, debe necesariamente estar condicionada a que: i) dentro de la referida actuación se hubiere acreditado en debida forma la imputación del daño al contratista, ya que una interpretación en otro sentido implicaría la aplicación de un título de imputación de responsabilidad objetiva, en el que sólo se hace necesario la verificación del daño para hacer responsable al autor de la consecuencia jurídica del mismo; ii) además, no exista prueba que permita acreditar la configuración de causal excluyente de

10 Op. Cit. Pág. 336.

11 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de mayo de 2007. Exp: 15989. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, y Sentencia del 1 de marzo de 2006. Expediente: 17256. C.P. Dr. María Elena Giraldo Gómez.

12 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011. Exp: 18008. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

13 CONSEJO DE ESTADO. Sala Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1 de abril de 2016. Rad: 25000-23-36-000-2012-00359-01 (51.138). C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



responsabilidad, en los términos del segundo inciso del 1077 del Co de Co. y la cuantía de los perjuicios, en consonancia con la norma ibídem, necesarios para la eventual declaratoria de siniestro.

### 1.1. Los Hechos Probados:

Conforme se relacionó con anterioridad, en desarrollo del presente Procedimiento Administrativo se garantizó el derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Tanto el Contratista como la Compañía Aseguradora, fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación Nos. CE- OAJ – 202103002244 y CE- OAJ –202103002243, ambos del 9 de julio de 2021, en el cual se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento.

En virtud de lo anterior y para efectos de adoptar la decisión que en derecho corresponda, se hace necesario relacionar a continuación los hechos que se encuentran probados dentro del presente Procedimiento Administrativo, a saber:

- 6.2.1. Que el 4 de mayo de 2020, CORMAGDALENA emitió COMUNICACIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA OFERTA, de conformidad con el informe de verificación de requisitos habilitantes y evaluación económica del proceso de selección de mínima cuantía, previa invitación pública No. MC-008-2020, cuyo objeto fue *“Prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo para los equipos de aire acondicionado de propiedad de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA”*, publicados según cronograma de proceso en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, decidiendo aceptar la oferta de fecha veintiuno (21) de abril de 2020, realizada por la empresa TERMEC LTDA, identificada con NIT No. 800.149.403-8, con lo cual, y en atención a lo previsto en la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015, la oferta realizada por la empresa TERMEC LTDA, junto con la COMUNICACIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA OFERTA, constituyó para todos los efectos, el contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020, por un valor de DOCE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$12.600.000) incluido el IVA, por un periodo contractual de 214 días calendario, comprendidos entre el primero (01) de junio de 2020, hasta el treinta y uno (31) de diciembre de la misma anualidad, previo cumplimiento de los compromisos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- 6.2.2. Que la empresa TERMEC LTDA, presentó a CORMAGDALENA, póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal, No. 36-44-101047202, expedida el 19 de mayo de 2020, por la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A., sobre la cual CORMAGDALENA el día 19 de mayo de 2020, expidió acta aprobación de pólizas.
- 6.2.3. Que el 1 de Junio de 2020, se suscribió acta de inicio entre la Secretaría General de CORMAGDALENA y el representante legal de la empresa TERMEC LTDA, designándose como supervisor del contrato estatal de

- Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020, a la Secretaria General de CORMAGDALENA.
- 6.2.4. Que el contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020, terminó el treinta y uno (31) de diciembre de 2020.
- 6.2.5. Que el día 18 de diciembre de 2020, la supervisión del contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020 expidió certificado de recibido a satisfacción conforme a lo establecido en el Contrato, respecto al servicio de Prestación de servicios de mantenimiento Preventivo y Correctivo para los equipos de aire acondicionado de propiedad de la Corporación Autónoma Regional del Rio Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA – SANTANDER correspondiente al Tercer mantenimiento Preventivo y Correctivo realizado.
- 6.2.6. Que mediante formato del 26 de marzo de 2021, la Secretaría General solicitó iniciar el procedimiento administrativo por presunto siniestro de calidad del servicio del Contrato de Prestación de Servicios MC-008-20.
- 6.2.7. Que en dicho formato del 26 de marzo de 2021, la Secretaría General estableció la tasación de los perjuicios ocasionados por parte de la entidad contratista, en la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS, CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (\$2'394.134,82), tasación indexada a precios de 2021 por el IPC según los costos de intervención.

**1.2. Petición Previa a la decisión. Solicitud de apoderada del contratista, relativa al saneamiento del procedimiento administrativo:**

En la continuación de la audiencia llevada a cabo el 28 de abril del 2022, en donde se procedió ante el cierre del periodo probatorio de la sesión anterior, a dar paso a los alegatos finales, y en donde se le otorgó el uso de la palabra a la apoderada del Contratista, para exponer los mismos, la referida apoderada realizó tres solicitudes de saneamiento del procedimiento administrativo, señalando lo siguiente:

- 6.3.1. “...saber si estamos bajo un trámite de la Ley 1474 en 2011 artículo 86 o si estamos bajo el imperio de la parte primera del CPACA...”:

Sobre el particular, la apoderada del contratista señaló:

*(...) Inició solicitando un saneamiento de proceso y ello con el objeto de cómo nos enseña el CPACA evitar el nulidades posteriores que pudieran no ser declaradas en su debido momento, el primer punto en relación con este saneamiento del proceso hace referencia a que esta audiencia y este trámite ha sido citado conforme a la parte primera del CPACA y también se ha hecho referencia a la proposición de debido proceso que trae Estatuto general de contratación, tal y conforme queda establecido en las audiencias que han sido enviada si los documentos que han sido allegados, ¿por qué hacemos este esta solicitud de saneamiento del proceso? porque el principio constitucional del debido proceso atiende a que se debe estar en situación de un proceso reglado el con procedimientos que son de orden público y*

*atendido por las personas que el trámite y el procedimiento establece. Por eso y en procura de que estos alegatos sean escuchados y yo solicitaría que pues las personas que están a cargo de tomar las decisiones tuvieran sus pantallas encendidas porque pues uno no sabe si las personas están escuchando el alegato o no lo están escuchando por ello y teniendo presente que lo que pretende Cormagdalena es siniestrar la póliza pues es muy importante que tengamos en cuenta que hay una norma especial y conforme nos enseña el código de proceso el código de procedimiento administrativo y lo Contencioso Administrativo la parte primera de ese Estatuto de ese código será utilizado única y exclusivamente siempre que no exista un procedimiento especial como el procedimiento de debido proceso en materia contractual. Entendiendo que hay un proceso especial pedimos saneamiento toda vez que esta audiencia se está llevando a cabo conforme a la parte primera del CPACA correspondiendo habiendo una contratación administrativa y siendo Cormagdalena uno de los sujetos establecidos en las modificaciones de la Ley 80 como entidad que debe atender a los principios orientadores de la Ley 80 entonces que se proceda a establecer cuando se dicte la decisión final si estábamos frente a un debido proceso de Ley 80 o estabamos frente a un procedimiento ordinario de la parte primera del CPACA, esto en protección a los al derecho del debido proceso a que la protección constitucional que le da a la compañía TEMERC LTA en primer lugar eso...”*

Frente a lo expuesto, esta oficina asesora jurídica reitera lo ya señalado no solamente desde la misma citación al presente procedimiento administrativo (No. CE- OAJ – 202103002244 del 9 de julio de 2021 a la sociedad **TERMEC LTDA.**, y oficio No. CE- OAJ –202103002243 del 9 de julio de 2021 a la compañía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A**), sino lo ya expuesto en el capítulo VI de la presente resolución, relativa a las consideraciones para decidir. En efecto, en respeto al derecho al debido proceso<sup>14</sup> que le asiste tanto al contratista **TERMEC LTDA**, como a su garante, compañía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, se señaló desde las mismas citaciones, la normatividad que regula el presente procedimiento administrativo, al señalar “...así como el trámite administrativo previsto en el Título III. Capítulo I. Reglas Generales. Procedimiento administrativo común y principal, establecido en los artículos 34 a 45 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)...”,<sup>15</sup>

14 LEY 1150 DE 2007. Artículo 17, el cual indica: “...Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...)”.

15 Citaciones a audiencia mediante oficio No. CE- OAJ – 202103002244 del 9 de julio de 2021 a la firma TERMEC LTDA., y oficio No. CE- OAJ –202103002243 del 9 de julio de 2021 a la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A. Págs. 1.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo establecido tanto en el Artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015<sup>16</sup> (en donde no se señala, para la efectividad de las garantías, un procedimiento específico para las mismas), como lo establecido en el Artículo 34 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual señala que:

*“...PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código...”*

Por tanto, al no contarse con un procedimiento especial para hacer afectivas las garantías previstas para el caso en concreto, del contrato de prestación de servicios MC-008-20 (Cumplimiento), la entidad estatal debe recurrir al procedimiento administrativo común a efectos de desarrollar el trámite correspondiente, tanto para declarar el incumplimiento, como para declarar el siniestro respectivo, previo el lleno de las formalidades de ley para tal efecto, siguiendo así los parámetros de los artículos 34 a 45 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Así mismo es de señalar que, el procedimiento administrativo aquí adelantado para el siniestro o no del amparo de calidad del servicio de la póliza de cumplimiento, que ampara las obligaciones del contrato de prestación de servicios MC-008-20 es distinto a la declaratoria de incumplimiento para imponer multas, declarar caducidad o afectar la cláusula penal, el cual sí se encuentra reglado en el artículo 86 de la Ley 1474 en 2011. Teniendo en cuenta lo anterior, no se acoge la solicitud relativa al saneamiento del procedimiento administrativo, por las razones antes expuestas, toda vez que no hay mérito para sanear el procedimiento administrativo.

6.3.2. *“...que se envíe para revisión la delegación de la Facultad de atender estas audiencias...”:*

Sobre el particular, la apoderada del contratista señaló:

*(...) en segundo punto del saneamiento de proceso que se solicita es el referente a una autorización no una delegación que se le da a la doctora*

---

16 “...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...”. Es de señalar que este artículo a su vez viene de la regulación establecida en el Decreto 1510 de 2013, Artículo 128.



*Deisy Galvis en relación como persona que puede surtir este tipo de audiencias dado que siempre la norma establece que serán escuchadas y que estos trámites deben ser precedidos de la presencia del representante legal de la entidad esto querría decir del representante legal de Cormagdalena, nos fue dicho en los informes que en las audiencias que nos enviaron vía internet que existe una delegación dicha delegación no fue puesta en nuestro conocimiento ni hace parte del expediente virtual que nos ha sido enviada motivo por el cual en este momento no tenemos certeza de que la oficina asesora jurídica de Cormagdalena tenga competencia no solamente para escuchar este proceso dirigirlo sino también y por sobre todo de tomar decisiones sobre el fallo. En ese orden, de ideas también pedimos pues el saneamiento del proceso para que sea llegue ese esa resolución en la que se nos informa que la persona que está escuchando la audiencia y que la está presidiendo pues es la persona que la ley a delegado para ello dado que digamos que la competencia funcional tal como lo enseña el código general del proceso es un requisito de saneamiento del proceso que debe ser de manera inmediata atendido en estos casos...”*

Frente a lo expuesto, esta oficina asesora jurídica, reitera lo ya señalado desde la misma citación al presente procedimiento administrativo (No. CE- OAJ – 202103002244 del 9 de julio de 2021 a la sociedad **TERMEC LTDA.**, y oficio No. CE- OAJ –202103002243 del 9 de julio de 2021 a la compañía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A**), en dónde se estableció “...En virtud de la Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual se delegan unas funciones en la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA-...”<sup>17</sup>, así como lo señalado en cada una de las audiencias surtidas en el presente procedimiento administrativo “...En virtud de la Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual se delegan unas funciones en la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA-...”.

Junto con lo anterior, es de recordar lo establecido en el artículo 211 de la Constitución Política, que consagra:

*“...La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.”*

---

17 <http://www.cormagdalen.gov.co/> - Inicio> Transparencia y Acceso Inf Pública> Normatividad Marco Legal> Normatividad Interna> RESOLUCIONES> AÑO 2019> Resolución No.00334.

*La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.*

*La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios...” (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Así mismo, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, señala:

**“...Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.**

*Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.*

**PARAGRAFO. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos...”** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

A su vez, el numeral séptimo del artículo 24 del Decreto 790 de 1995<sup>18</sup>, estableció la facultad del Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, para delegar en funcionarios de la entidad el ejercicio de algunas funciones, previa autorización de la Junta Directiva de la misma entidad.

Por tanto, mediante Acuerdo No. 224 del 10 de septiembre de 2019<sup>19</sup>, se autorizó al Director Ejecutivo de CORMAGDALENA, a delegar en la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, las funciones para la realización del trámite de los procedimientos administrativos de declaratoria de siniestros pre contractuales, contractuales o

18 “ARTÍCULO 24. Funciones del Director Ejecutivo. Son funciones del Director Ejecutivo las señaladas en las leyes, en los reglamentos y en los presentes estatutos. En particular le corresponden las siguientes: (...) 7. Delegar en funcionarios de la entidad el ejercicio de algunas funciones, previa autorización de la Junta Directiva.”

19 Artículo primero y siguientes del Acuerdo No. 224 del 10 de septiembre de 2019. <http://www.cormagdalena.gov.co/> - Inicio> Transparencia y Acceso Inf Pública> Normatividad Marco Legal> Normatividad Interna> Acuerdos - Sitio en Construcción> AÑO 2019> ACUERDO 224.

convenios los cuales se tramitarán por el procedimiento del Título III Capítulo I Procedimiento Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituya.

Teniendo claro toda la normatividad que regula el tema de la delegación de la facultad de atender este tipo de audiencias al interior de CORMAGDALENA a que hace referencia la apoderada del contratista, y frente a la solicitud objeto del presente punto, esta jefe de la Oficina Asesora Jurídica no acoge la solicitud invocada, relativa a que se le envíe para revisión la delegación de la facultad de atender estas audiencias para el saneamiento del procedimiento administrativo, por las razones antes expuestas, más aún, teniendo en cuenta que tanto la Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, como el Acuerdo No. 224 del 10 de septiembre de 2019, se encuentran publicados en debida forma en la página web de la entidad, para Transparencia y Acceso Información Pública, atendiendo lo señalado en la Ley 1712 de 2014 <sup>20</sup> (<http://www.cormagdalena.gov.co/> - Inicio> Transparencia y Acceso Inf Pública> Normatividad Marco Legal> Normatividad Interna> RESOLUCIONES> AÑO 2019> Resolución No.00334), la cual tiene como fecha de publicación el 30 de septiembre de 2020), y (<http://www.cormagdalena.gov.co/> - Inicio> Transparencia y Acceso Inf Pública> Normatividad Marco Legal> Normatividad Interna> Acuerdos - Sitio en Construcción> AÑO 2019> ACUERDO 224), razón por la cual se solicita a dicha apoderada, la consulta respectiva en los links antes citados, por lo cual, no hay mérito para sanear el procedimiento administrativo<sup>21</sup>, por las razones ya señaladas.

6.3.3. *“...no se puede ni sancionar ni terminar ni incumplir el contrato dado que existe prueba dentro del informe de que el contrato ya terminó por labor y terminó por terminó por tiempo por plazo y se tienen en este momento las actas de recibo a satisfacción del servicio prestado...”*:

Sobre el particular, la apoderada del contratista señaló:

*“(...) finalmente y como saneamiento de proceso para evitar nulidades establecemos que el contrato suscrito entre TERMECT LTDA y Cormagdalena que tenía como objeto el mantenimiento preventivo y correctivo de unos Aires acondicionados pues se encuentra finalizado hace más o menos o más de un año motivo por el cual pues en este momento no se podría con el proceso establecido de debido proceso que tiene 2 finalidades la primera imponer sanciones y la segunda declarar, o la caducidad del contrato o el incumplimiento del mismo 2 proposiciones que a esta altura de la ejecución de esta de este cometido contractual pues son realmente imposibles porque el contrato ya finalizó y se tienen actas de*

<sup>20</sup> Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

<sup>21</sup> Ley 1437 de 2011. “**ARTÍCULO 41. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.** La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirarla.”

entrega ha recibido a satisfacción, De hecho cuando se produce la facturación como un requisito un requisito sine qua non para que la facturación hubiera podido ser pagada pues era que se cumpliera con todos los requisitos y protocolos que exige la contratación administrativa entre ellos un informe pormenorizado del señor o de la señora supervisora quien estuviera a cargo y ese informe fue recibido por la oficina pagadora de Cormagdalena es sin objeción alguna sobre ello entonces estos 3 motivos de saneamiento del proceso...”

Frente a lo expuesto, esta oficina asesora jurídica se permite señalar que la línea jurisprudencial establecida por el Honorable Consejo de Estado, sobre el tema de la competencia de las entidades estatales para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato, cuantificar el monto del perjuicio y hacer exigible la póliza constituida en su favor, ha señalado lo siguiente:

*“(...) Sobre la atribución que tienen las entidades públicas para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato y hacer exigibles las garantías constituidas a su favor, la jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades, fijando **posturas orientadas todas a admitir que la Administración está investida de potestad para dictar esta clase de actos administrativos.***

**Concretamente, sobre la competencia de la Administración para declarar el siniestro, con el fin de hacer efectiva la póliza de garantía de la obra o servicio contratado, a través de un acto administrativo, puntualizó la Sala, que tal facultad legal, se encuentra expresamente consagrada en los numerales 4° y 5° del artículo 68 del C. C. A.<sup>22</sup>, es decir, que la facultad unilateral deviene de la propia ley, tal como lo señala el siguiente pronunciamiento:**

*‘Podía la entidad contratante declarar en forma unilateral la ocurrencia del siniestro? Para la Sala la respuesta es afirmativa, por cuanto la administración tenía la facultad para hacerlo unilateralmente luego de la terminación y liquidación del contrato. Facultad que se derivaba no sólo de la póliza que garantizó la estabilidad de la obra (cláusula 4ª ord. 1º) y de lo dispuesto en las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que señalaban las bases que debían cumplir en aquel entonces las pólizas de seguro de los contratos estatales (Resoluciones #s 10500/84, 10610/84 y 10756/84), sino, primordialmente, de lo que prevé el numeral 5 del art 68 del c.c.a. cuando dispone que*

22 Los numerales 4° y 5° del artículo 68 del C. C. A., norma en la cual se determinan los actos que prestan mérito ejecutivo, incluyeron, entre éstos los siguientes:

*“4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad o la terminación según el caso.*

*“5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”.* (Se subraya).



prestarán mérito ejecutivo “las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con **el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación**’ (subrayas y negrilla fuera de texto).

Es este un poder de límites específicos que podía ser ejercido por la administración luego de la terminación y liquidación del contrato, como era de esta índole la declaratoria de incumplimiento que podía efectuar la misma para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (Art. 72 del Dec. 222 de 1983). En estos eventos se excepcionaba el principio de que los poderes exorbitantes de la administración en materia contractual tenían como límite temporal, en principio, la vigencia del contrato.’<sup>23</sup>

La doctrina ha precisado, en relación con el mismo tema lo siguiente:

‘Las garantías no son una pena convencional, porque su función no es la de constituir una estimación anticipada de los posibles perjuicios que pudiera sufrir la entidad pública por la inejecución del contrato, ni un medio coercitivo para apremiar al particular para que observe sus compromisos, sino esencialmente una salvaguarda que la ley le otorga al interés público frente a los eventuales incumplimientos del vínculo jurídico imputables al contratista. Por tanto es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias que le otorga la ley a la Administración en el ámbito de los contratos estatales, y que deben incluirse obligatoriamente en las cláusulas del contrato.’<sup>24</sup>

En relación con la facultad legal de las entidades estatales contenida en el artículo 68-4 del C. C. A., a propósito de la expedición de la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 75 dispuso que el juez competente para conocer de los procesos ejecutivos era el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sala se ocupó de examinar si el artículo 68-4 citado, había sido derogado por la disposición de la ley en comento, oportunidad en la cual determinó lo siguiente:

‘La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, si derogó el numeral 4° de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el

23 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

24 Cita original del texto transcrito: “GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo T.I, ob. Cit, Pág. 660. GARCÍA TREVIJANO, Ernesto, Las Garantías en los contratos Administrativos, Varios autores. Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Madrid. Cívitas S.A., 1996. Pág. 243”

procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integran el título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso.

El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal.<sup>25</sup>

Significa entonces que la Administración no obstante haber sido despojada de la potestad de adelantar, en contra de sus contratistas, el cobro ejecutivo mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva -puesto que el artículo 75 citado lo atribuyó al juez de lo Contencioso Administrativo, mediante el proceso ejecutivo-, **sí conservó la competencia para expedir los actos administrativos mediante los cuales se hacía efectiva la garantía como consecuencia de la declaratoria del siniestro**, con el fin de conformar el título ejecutivo, así lo destacó la Sala en sentencia de 14 de abril de 2005, Expediente 13599, cuyos apartes se transcriben a continuación:

*‘De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala <sup>26</sup>, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos, a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que sí quedó derogado fue el hecho de que dichos actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la Ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.*

*‘En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen*

25 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 2000, Exp. 11318.

26 Cita original de la sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 13599 “Se refiere la Sala a la sentencia de 24 de agosto de 2000 ya citada, con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo.”

pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.

‘Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.

‘Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado -sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.

‘Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado, resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiere declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública.

**‘De hecho, el Consejo de Estado ha dicho, respecto a la posibilidad de hacer efectivas las pólizas de cumplimiento, por medio de actos administrativos dictados por la administración, que indiscutiblemente esto es viable, teniendo en cuenta que:**

‘De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y proyecta su eficacia en el tiempo solo si el

contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato.

**"Lo anterior permite deducir que, una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse** mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción, como pasa a exponerse:" (Subrayas fuera de texto.) Sentencia de 24 de agosto de 2000, exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo.

**La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato,** mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual..."<sup>27</sup>

Adicional a lo anterior, y a pesar de que es un hecho probado (6.2.5. Que el día 18 de diciembre de 2020, la supervisión del contrato estatal de Prestación de Servicios No. MC-008 de 2020 expidió certificado de recibido a satisfacción conforme a lo establecido en el Contrato, respecto al servicio de Prestación de servicios de mantenimiento Preventivo y Correctivo para los equipos de aire acondicionado de propiedad de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA – SANTANDER correspondiente al Tercer mantenimiento Preventivo y Correctivo realizado.)<sup>28</sup>, que el contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-2020, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y la sociedad TERMEC LTDA, ya terminó por labor y plazo, y que consecuentemente se expidió un recibo a satisfacción del servicio prestado, por parte del supervisor del contrato, lo anterior no significa, que Cormagdalena no pueda declarar el siniestro derivado de la ejecución del contrato estatal de prestación de servicios número MC-008-2020, toda vez, que la administración goza de la prerrogativa para declarar el siniestro derivado de la ejecución de dichos contratos estatales, así como hacer efectiva la garantía

27 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. No. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667).

C.P. Dra. Myriam Guerrero De Escobar.

28 Numeral 6.2. Los Hechos Probados, de la presente resolución. Págs. 40 y sig.



que ha sido constituida a su favor, aún después de la terminación del contrato. Lo anterior, dado por las características de la prestación misma del servicio objeto del presente procedimiento administrativo, ya que los defectos en dicha prestación de servicios, no son claramente perceptibles en el momento de la terminación del contrato y consecuente expedición del recibo a satisfacción, sino que fueron evidenciados tiempo después, tal y como se manifestó en los informes presentados por la supervisión del contrato, y el cruce de correos dado entre esta y el contratista.<sup>29</sup>

Aunado a lo anterior, es de recordar que la razón de ser de la garantía única de cumplimiento, es precisamente establecer diversos amparos, los cuales deben establecerse de forma discriminada, tal y como reza los artículos 2.2.1.2.3.1.1, y siguientes, del Decreto 1082 de 2015., por tanto, solamente es posible aplicarse y/o exigirse de manera indistinta la efectividad de tales amparos y valores asegurados, en la póliza respectiva, cuando se han dado los presupuestos naturales para cada uno de los amparos, de conformidad con la norma antes citada.

Así las cosas, el **amparo de calidad del servicio** en la prestación de servicios (a diferencia del amparo de cumplimiento), tiene como fin avalar precisamente obligaciones del contratista (para este caso), que se deban cumplir o que surjan con posterioridad a la extinción del contrato. A *contrario sensu*, podemos afirmar que el **amparo de calidad del servicio** en la prestación de servicios, no tiene como fin avalar el cumplimiento de obligaciones dentro del término de ejecución del contrato, o para garantizar obligaciones post contractuales de otra naturaleza. Lo anterior debido a que si los dos amparos, ampararan lo mismo, es lógico pensar que no tendría sentido la diferenciación que la ley ofrece al respecto. Es por ello que se procede citar el inciso 4º del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone lo siguiente:

*“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.”* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Es de resaltar que, en el artículo antes citado, se establece claramente la necesidad del amparo de calidad del servicio, para ser avaladas las obligaciones que deba cumplir el contratista con posterioridad a la extinción del contrato (Post

29 Subnumerales 1. (Oficio CORMAGDALENA CE-SGE-202103000660 del 2/3/2021); 2. (Correo electrónico de CORMAGDALENA de fecha 17/03/2021); 3. (Correo electrónico de fecha 23/3/2021, por parte de TERMEC); 4. (Correo electrónico de CORMAGDALENA de fecha 23/03/2021); 5. (Informe por parte de Termec, remitido el 23/3/2021.), y 13. (Formato del 26 de marzo de 2021, del No. CE- OAJ – 202103002244 del 9 de julio de 2021 a la firma TERMEC LTDA), del numeral 6. Anexos, de los oficios de citación No. CE- OAJ – 202103002244 del 9 de julio de 2021 dirigido a la firma TERMEC LTDA., y oficio No. CE- OAJ –202103002243 del 9 de julio de 2021 dirigido a la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

contractuales), ya que para la vigencia del contrato, en cuanto a su cumplimiento contractual, está precisamente consagrado y tiene dicha finalidad, el amparo de cumplimiento.

En el mismo sentido, en materia de amparo de calidad del servicio, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, ha señalado sobre el Decreto 1082 de 2015, lo siguiente:

**“(…) El amparo de calidad del servicio cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado por el contratista. Estos perjuicios generalmente se presentan con posterioridad a la terminación del contrato, como por ejemplo los que se generan por la mala calidad o insuficiencia de los entregables en un contrato de consultoría.**

*La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato, sin que se establezcan unos porcentajes mínimos.*

*En general, **el amparo se debe solicitar en los contratos de prestación de servicios en la medida en que la calidad del servicio no pueda verificarse durante la ejecución del contrato** (como sería el caso del contrato de prestación de servicios para realizar los diseños de una obra, dado que su deficiente calidad será evidenciada al momento de la construcción de la obra). **En los contratos de prestación de servicios de vigilancia, aseo y cafetería, entre otros, en los que la calidad del servicio objeto del contrato se verifica al momento de su prestación, no es útil requerir el amparo y su prestación tardía o defectuosa estará cubierta bajo el amparo de cumplimiento...**”<sup>30</sup>(Negritas y subrayas fuera de texto).*

De igual forma, el Decreto 1082 de 2015 señala que nos encontramos frente a un amparo post contractual, dado que: i) el Artículo 2.2.1.2.3.1.7. establece que “...Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: (...) 6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado...”; y ii) el artículo 2.2.1.2.3.1.15, el cual señala la suficiencia de la garantía “...debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. En los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del parágrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011...”. Por tanto, en este texto normativo, se aclara la naturaleza de amparo post contractual, y va acompasado con la clasificación que acompaña el criterio técnico, por medio del cual, las aseguradoras lo otorgan.

30 <https://www.colombiacompra.gov.co/content/que-es-el-amparo-de-calidad-del-servicio>. Sobre el Decreto 1082 de 2015. Numeral 6 del artículo 2.2.1.2.3.1.7, y artículo 2.2.1.2.3.1.15.

Así las cosas, tenemos primero que se trata de un amparo post contractual en vigencia de su reglamentación por su razón o fin teleológico, y debe cumplir con dos requisitos:

1. **Existencia un perjuicio imputable al contratista garantizado.**
2. **Que el perjuicio surja con posterioridad a la terminación del contrato.**

En reiterados pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado<sup>31</sup>, tenemos que en materia dispositiva relacionada con la contratación estatal, “..la póliza de seguro de cumplimiento, funge como garantía única de las obligaciones emanadas del contrato, y ello implica que cada amparo deba analizarse de manera independiente, acorde con la naturaleza del riesgo que asume el asegurador y, por ende, en algunos casos muy específicos **no tiene aplicación el principio de indemnización y el principio de proporcionalidad**, como sucede, por citar solo un ejemplo, en los casos de exigibilidad de la garantía por imposición de multas, sencillamente porque las multas tienen naturaleza conminatoria -sancionatoria y no indemnizatoria...”<sup>32</sup> (Negrillas fuera de texto)

De ésta forma, el Decreto 1082 de 2015, exige a los contratistas particulares, la obligación de constituir una garantía única por medio de la cual se aseguren los posibles riesgos o siniestros que se puedan generar en la etapa post contractual, (normas estas que son de orden público), ya que la finalidad de esta normativa es precisamente buscar proteger el patrimonio público de eventuales detrimentos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se deniega la solicitud de la apoderada del contratista, para el saneamiento del procedimiento administrativo, relativa a que no se puede sancionar, terminar, incumplir el contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-2020, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y la sociedad TERMEC LTDA, dado que según lo expuesto por dicha apoderada, existe prueba dentro del informe, de que el contrato ya terminó por labor y plazo, y que se tiene en este momento las actas de recibo a satisfacción del servicio prestado, y por ende, dadas las razones antes expuestas, no hay mérito para sanear el procedimiento administrativo.

### 1.1. El Caso en Concreto:

Como se señaló anteriormente, la actuación administrativa se inició con fundamento en el informe allegado por la supervisión del Contrato de Prestación de Servicios MC-008-20, mediante comunicación electrónica del 29 de marzo de 2021, con el fin

31 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. No.: 25000-23-26-000-1999-00662-01(25742). CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Rad. No.: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)

32 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad. 25000-23-26-000-2003-00874-01(28278)

de iniciar el procedimiento administrativo por presunto siniestro de calidad del servicio.

Así las cosas, vale recordar que el presente Procedimiento Administrativo se adelantó por el presunto siniestro de calidad del servicio, enunciado en el oficio citatorio, el cual se resume a continuación:

*“Ante las fallas presentadas en los equipos objeto del contrato de prestación de servicios No. MC-008 de 2020, previa verificación de los equipos, entre el 25 de febrero de 2021 al 4 de marzo de 2021, se requirió mediante Oficio CORMAGDALENA CE-SGE-202103000660 del 2/3/2021, a la firma TERMEC para que realizara una revisión con el ánimo de subsanar la situación y que se pudiera verificar que las actividades contractuales se habían ejecutado de conformidad con el contrato suscrito, la cual fue reiterada mediante Correo electrónico de fecha 17/03/2021. Sobre el particular, se recibe respuesta del contratista por correo electrónico de fecha 23/3/2021, indicando lo siguiente: ‘Los equipos de aire acondicionado que ustedes tienen, efectivamente están funcionando tal como usted lo menciona. En relación a cuando usted menciona que no enfrían a la temperatura indicada en los tableros de control, me permito indicarle que los tableros de control de los equipos no tienen un indicador de temperatura, estos son tableros netamente eléctricos que permiten los accionamientos para que los aires funcionen. Es importante además de lo anterior que usted conozca que los aires que ustedes tienen en esta sede son aires que tienen muchos años de operación los cuales indudablemente tienen desgaste normal por el paso del tiempo, y el hecho de que en un momento dado la temperatura que se perciba en un espacio no sea la deseada, ese tema no obedece a calidad de servicios prestados por nuestra parte, obedece a un tema de eficiencia de los equipos, desgaste de los equipos y de carga térmica dado que los equipos que ustedes tienen en la sede son equipos que están instalados y nuestro servicio únicamente cubrió la realización de mantenimientos preventivos para que los equipos operaran y efectivamente los equipos los entregamos funcionando adecuadamente.’*

*En virtud de la respuesta del contratista se requirió nuevamente al mismo mediante correo del 23/03/2021, en donde se indicó: ‘Cordial saludo, De acuerdo con el contenido de su comunicación, se solicita dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de esta misma, aportar los soportes que acrediten de manera suficiente que en desarrollo del contrato 008-2020 en su calidad de contratistas, advirtieron a la Entidad sobre los riesgos y posibles alteraciones al funcionamiento de los aires acondicionados derivadas de las circunstancias que asevera en su misiva. Copia: Seguros del Estado Póliza No 36-44-101047202’. El 23/3/2021 se remite informe por parte de Termec donde se determinó lo siguiente: En el informe presentado por Termec no se evidenció la fecha de entrega del mismo a CORMAGDALENA. Este informe solo contiene la evaluación de la temperatura a la cual operan los equipos, pero no se evidencian requerimiento para su adecuada operación, ni advertencias o recomendaciones sobre su fallo temprano como*



consecuencia de no intervenir los elementos necesarios. Así las cosas, se concluye que:

1. No se dio cumplimiento a la obligación No. 10, que establece que el contratista debe "Informar de inmediato y por escrito, al supervisor la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso." Bajo este marco el Contratista debió informar a CORMAGDALENA de manera oportuna las situaciones que ponían en riesgo la normal operación del sistema de aire acondicionado de los pisos 1 y 2 de la sede Barrancabermeja; hecho que no se acreditó por parte del contratista en el referido informe.
2. Con la presentación del informe no se evidencia el cumplimiento de la obligación No. 11, donde el contratista haya solicitado oportunamente al supervisor aprobar el cambio de partes para el correcto funcionamiento de los equipos.
3. Ante la solicitud de Cormagdalena de revisar y evidenciar sus actividades de los trabajos efectuados en la sede Barrancabermeja, se evidencio incumplimiento a la obligación No. 14, la cual indica que el contratista debe "reparar las actividades mal ejecutadas dentro del termino señalado por CORMAGDALENA".

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para declarar el siniestro de la póliza de cumplimiento que consagra el amparo de calidad del servicio, y así afectar el amparo respectivo de la póliza No. 36-44-101047202, se hace necesario establecer si se presentó la existencia de un perjuicio a la entidad contratante, imputable al contratista TERMEC LTDA, con ocasión de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-2020, para lo cual se procederá a establecer si dicho perjuicio surge con posterioridad a la terminación del contrato en comento, mediante el examen de las obligaciones relacionadas en antecedencia, presuntamente incumplidas, con base en lo señalado por el supervisor del contrato y demás argumentos de defensa del Contratista.

**6.4.1. Obligaciones del CONTRATISTA (literales c, g y k del subnumeral 3.4.1., del numeral 3.4., denominado "OBLIGACIONES DE LAS PARTES" de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía, así como los subnumerales 10, 11, y 14, a su vez del Subnumeral 3.4.2, denominado "OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA" de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía:**

En los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía, que conforman el Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-2020, se estableció:

El numeral 3.4., denominado “OBLIGACIONES DE LAS PARTES” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía<sup>33</sup>, establece en los literales c, g y k del subnumeral 3.4.1. lo siguiente:

**“3.4.1. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA**

*Además de las obligaciones legales que se derivan de este contrato, tendrá las siguientes:*

*(...)*

*c. Responder por el incumplimiento y calidad de los servicios prestados, sin perjuicio de la garantía EL CONTRATISTA constituya.”*

*(...)*

*g. Reportar al supervisor cualquier novedad o anomalía durante la ejecución del contrato.*

*(...)*

*k. Prestar oportuna colaboración para la diligente ejecución del contrato, utilizando de manera eficaz su idoneidad y experiencia en el desarrollo del mismo.”*

El Subnumeral 3.4.2, denominado “**OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA**” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía<sup>34</sup>, establece en los subnumerales 10, 11, y 14 lo siguiente:

**“3.4.2 OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA**

*(...)*

*10. Informar de inmediato y por escrito, al supervisor la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito o que puedan afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso.*

*11. Solicitar aprobación del Supervisor cuando se requiere realizar el cambio de partes tales como; monitores, moto compresores, parte eléctrica o mecánicas, refrigerante, entre otros, y su respectiva instalación; estos arreglos deben ser realizados dentro del plazo que señale el supervisor.*

*(...)*

*14. Reparar a su costa, sin que implique modificación del plazo contractual, las actividades mal ejecutadas, es decir aquellas que se verifique que hayan sido ejecutadas con especificaciones de inferiores cualidades y calidades o diferentes a las establecidas en el Pliego de Condiciones. Lo anterior, de conformidad con las observaciones impartidas por el Supervisor, en el término que éste lo indique. Si el CONTRATISTA no repara las actividades mal ejecutadas dentro del término señalado, CORMAGDALENA, podrá proceder a la imposición de sanciones a que haya lugar.”*

33 Las cuales el (la) Contratista declara conocer, para todos sus efectos legales (pág. 3 de la prueba No. 6).

34 Y reiteradas en la comunicación de aceptación de la oferta, fechada el 4 de mayo de 2020 (prueba No. 6, pág.3 y sig).

Respecto a lo anterior, y ante las fallas presentadas en los equipos objeto del contrato de prestación de servicios No. MC-008 de 2020, previa verificación de los equipos, entre el 25 de febrero de 2021 al 4 de marzo de 2021, la supervisión del contrato requirió mediante Oficio CORMAGDALENA CE-SGE-202103000660 del 2/3/2021, a la sociedad TERMEC para que realizara una revisión con el ánimo de subsanar la situación y que se pudiera verificar que las actividades contractuales se habían ejecutado de conformidad con el contrato suscrito, la cual se reiteró mediante correo electrónico de fecha 17/03/2021.

Sobre el particular, se recibió respuesta del contratista mediante correo electrónico de fecha 23/03/2021, indicando lo siguiente: *"Los equipos de aire acondicionado que ustedes tienen, efectivamente están funcionando tal como usted lo menciona. En relación a cuando usted menciona que no enfrían a la temperatura indicada en los tableros de control, me permito indicarle que los tableros de control de los equipos no tienen un indicador de temperatura, estos son tableros netamente eléctricos que permiten los accionamientos para que los aires funcionen. Es importante además de lo anterior que usted conozca que los aires que ustedes tienen en esta sede son aires que tienen muchos años de operación los cuales indudablemente tienen desgaste normal por el paso del tiempo, y el hecho de que en un momento dado la temperatura que se perciba en un espacio no sea la deseada, ese tema no obedece a calidad de servicios prestados por nuestra parte, obedece a un tema de eficiencia de los equipos, desgaste de los equipos y de carga térmica dado que los equipos que ustedes tienen en la sede son equipos que están instalados y nuestro servicio únicamente cubrió la realización de mantenimientos preventivos para que los equipos operaran y efectivamente los equipos los entregamos funcionando adecuadamente".*

En virtud de la respuesta del contratista, fue requerido nuevamente por la supervisión del contrato, mediante correo del 23/03/2021, en donde se indicó: *"Cordial saludo, De acuerdo con el contenido de su comunicación, se solicita dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de esta misma, aportar los soportes que acrediten de manera suficiente que en desarrollo del contrato 008-2020 en su calidad de contratistas, advirtieron a la Entidad sobre los riesgos y posibles alteraciones al funcionamiento de los aires acondicionados derivadas de las circunstancias que asevera en su misiva. Copia: Seguros del Estado Póliza No 36-44-101047202".*

El 23/3/2021 se remitió informe por parte de Termec donde se determinó lo siguiente por parte de la supervisión del contrato: *"En el informe presentado por Termec no se evidenció la fecha de entrega del mismo a CORMAGDALENA. Este informe solo contiene la evaluación de la temperatura a la cual operan los equipos, pero no se evidencian requerimiento para su adecuada operación, ni advertencias o recomendaciones sobre su fallo temprano como consecuencia de no intervenir los elementos necesarios."*

Sobre los anteriores argumentos, el representante legal del Contratista se pronunció en sus descargos, realizados en la audiencia llevada a cabo el 12 de Agosto del 2021 a las 3:00 p.m., señalando que:

*“(…) Bueno, lo primero que le quiero mencionar es por la naturaleza de mi profesión soy ingeniero mecánico, no soy abogado y requiero una defensa técnica por parte de mi abogada que es la doctora Lucero Téllez; en segunda instancia, le quiero manifestar que nosotros dimos cumplimiento durante la ejecución del contrato a todas las obligaciones generales y específicas correspondientes al trabajo o a los servicios contratados; tercero, que durante la ejecución del trabajo durante la ejecución de las actividades, nosotros entregamos los trabajos a satisfacción y cumplíamos con las obligaciones contractuales a tal punto que, la entidad sin reparo alguno siempre nos efectuó los pagos de conformidad con lo solicitado durante la vigencia de ese contrato o de esa aceptación de ofertas no sé exactamente si es un contrato o es aceptación, en fin, el proceso que sea...”<sup>35</sup>*

Posteriormente, de conformidad con la oportunidad dada en audiencia por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el 17 de Agosto de 2021, mediante correo electrónico, el representante legal del Contratista se pronunció adicionando a sus descargos, señalando lo siguiente:

*“...En cuanto al Literal A.*

*A) No se dio cumplimiento a la obligación No. 10, que establece que el contratista debe "Informar de inmediato y por escrito, al supervisor la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso." Bajo este marco el Contratista debió informar a CORMAGDALENA de manera oportuna las situaciones que ponían en riesgo la normal operación del sistema de aire acondicionado de los pisos 1 y 2 de la sede Barrancabermeja; hecho que no se acreditó por parte del contratista en el referido informe.*

*No se dieron los hechos establecidos en la obligación No 10 porque lo que le paso a los equipos, no son situaciones de fuerza mayor ni caso fortuito y adicional se pasó el informe*

*B) Obligación 11.*

*En ese momento no se necesitó, prueba de ello es que fueron recibidos a satisfacción*

*C).Obligación 14.*

*El equipo, según el informe debía cambiarse (no se podía reparar) se dio alcance al contrato, un mantenimiento no significa que se deba cambiar el equipos...”* (Subrayas fuera de texto).<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Página 12 y siguientes de la presente resolución, donde están transcritos los descargos presentados.

<sup>36</sup> Oficio del 17 de agosto de 2021, recibido mediante correo electrónico a las 10:10, con asunto: “Reprogramación instalación audiencia

- Presunto siniestro de calidad del servicio para afectar amparo de póliza del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-20, suscrito



En la audiencia de alegatos finales, la apoderada del Contratista, señaló lo siguiente:

*“...quisiera referirme a que el objeto del contrato y este objeto de contrato es muy muy importante ¿por qué? porque se trata de mantenimiento correctivo y mantenimiento preventivo este mantenimiento correctivo y preventivo si ustedes me permiten un momento ya que la doctora me dio la oportunidad de encender la Cámara quisiera leer el objeto del contrato que se encuentra en la pantalla dice prestar el servicio de mantenimiento preventivo correctivo y de revisión de la red de frío refrigeradores y congeladores del departamento perdón... del departamento del Magdalena plazo de ejecución será el 29/12/2020 actas a satisfacción las actas que se encuentran en la imagen demuestran que las actas fueron firmadas a satisfacción por Marcela Guevara Ospina secretaria general, la primera acta el 30 de junio, la segunda acta el 30 de septiembre, la tercera acta el 3 de El 18 de diciembre todos del año 2020*

*(...)*

*en donde dice que la evaluación de la temperatura es hay que informar por escrito la naturaleza incluyendo las recomendaciones y hace una recomendación la persona que hace la deposición hace una recomendación diciendo que en su parecer y en parecer de algunos de los funcionarios y visitantes de la oficina de Cormagdalena considera considera que los aires acondicionado no está enfriando lo suficiente eso quiere decir que la percepción fue adquirida por los sentidos qué quiere decir eso es posible que yo piense que hoy en Bogotá está haciendo frío pero es posible que haya otra persona que piense que el clima está normal. En ese orden ideas, pues estamos claros tenemos bastante claridad en determinar qué la evaluación de una temperatura o del fallo de una temperatura debe ser hecha por un técnico por una persona que pueda dar un dictamen técnico en relación con eso estamos también una imprecisión que se hace ahí al determinar que Karen Dayana Rueda es una profesional de nuestra área técnica por lo cual eso nunca fue cierto porque el ingeniero residente que se tiene y que se presentó al contrato es és el ingeniero Henry Alberto Villarreal quién pues tiene no solamente tiene los títulos sino una experiencia de más de 37 años.*

*(...)*

*en tercer lugar qué no puedo hacer aparecer un control de temperatura en un equipo que no lo tiene porque es que yo no le puedo instalar algo al equipo porque eso lo tendría que hacer el fabricante del equipo si es que el equipo resiste ese tipo de renovación.*

---

entre la firma TERMEC LTDA. Nit. 800.149.403-8, y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA”, suscrito por parte del representante legal del CONCESIONARIO.

(...)

*en tercer lugar y no por ello menos importante quiero decirle que no existe un dictamen técnico sino en la audiencia número 3 dice que hay una percepción y minuto 4227 mal funcionamiento de los equipos por percepción de los sentidos entonces pues si hay un mal funcionamiento porque alguien le parece que no enfría lo suficiente pues les quiero decir que si yo coloco un aire acondicionado por potente que sea en la mitad de El estadio el campín pues no enfriar y puede que la percepción mía sea que enfría y la percepción del otro que no enfría y el otro que sí enfría y para los gustos los colores entonces pues no se podría tomar una decisión sin un concepto técnico muchísimas gracias a todos por escucharnos...”<sup>37</sup>*

Por su parte la Compañía Aseguradora, señaló en los descargos iniciales <sup>38</sup> que:

*“...el amparo de calidad del servicio para que sea efectivo como lo enuncia el clausulado de la póliza se deben acreditar los siguientes puntos el primero un perjuicio sufrido el segundo una deficiente calidad del servicio prestado el tercero que se ocasionen con posterioridad a la terminación del contrato garantizado y el cuarto que los daños y perjuicios sean imputables al contratista.*

(...)

*en este orden de ideas y sin entrar a determinar si se cumplen los requisitos uno 2 y 3 además del 4 y anteriores vemos que el número 4 relacionado con la atribuibilidad del contratista no se cumplió en el presente caso la entidad no demostró que los supuestos daños fueran ocasionados por la acción u omisión del contratista lo que imposibilita que se pueda hacer efectiva la póliza en su amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes o el amparo de calidad del servicio...”*

Teniendo en cuenta lo indicado por la defensa del Concesionario y su garante, además de las pruebas anexas a los radicados de citación al presente procedimiento administrativo, esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio la presentación de prueba por informe a cargo de LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, la cual se rigió por lo contemplado en los artículos 275, 276 y 277 del Código General del Proceso. A dicha supervisión se le solicito responder las siguientes preguntas, así:

1. De los presuntos incumplimientos imputados al CONTRATISTA, esto es literales c, g y k del subnumeral 3.4.1., del numeral 3.4., denominado “OBLIGACIONES DE LAS PARTES” de los estudios y documentos previos

---

37 Audiencia del 28 de abril del 2022. Alegatos finales de la apoderada del Contratista transcritos. Pág. 25 y siguientes.

38 Audiencia del 12 de agosto del 21. Descargos de la compañía garante transcritos. Pág. 14 y sig., de la presente resolución.

- del proceso de mínima cuantía, así como los subnumerales 10, 11, y 14, a su vez del Subnumeral 3.4.2, denominado “**OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA**” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía, ¿el CONTRATISTA ha realizado alguna actuación que busque subsanar o dar cumplimiento a los anteriores?, Por favor explique el motivo de sus razones.
2. Por favor explique ¿Qué ha tenido que realizar la CORPORACIÓN, posterior a la finalización del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-20, para poner en correcto funcionamiento los equipos de aire acondicionado de propiedad de esta?
  3. ¿Se ha presentado perjuicios o detrimento para CORMAGDALENA, en relación con el presunto siniestro de calidad del servicio del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-20?, Por favor explique el motivo de sus razones.
  4. ¿El presunto incumplimiento de calidad del servicio en la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-2020, puede ser imputable o no al CONTRATISTA?, Por favor explique el motivo de sus razones.

LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, allegó a la Oficina Asesora Jurídica, mediante comunicación interna No. 2021-100-1743 del 13 de septiembre de 2021, en 14 folios, sus respuestas, en donde se señaló:

“...

#### **PREGUNTA No. 1**

*¿el CONTRATISTA ha realizado alguna actuación que busque subsanar o dar cumplimiento a los anteriores?*

#### **RESPUESTA**

El contratista Termec Ltda., no ha realizado ninguna actuación que busque subsanar o dar cumplimiento de las obligaciones contraídas con CORMAGDALENA.

#### **ARGUMENTOS DE LA RESPUESTA**

Es necesario resaltar que las obligaciones anteriormente citadas, conminan al contratista a que de manera “oportuna” e “inmediata” sea informado “por escrito” al supervisor acerca de cualquier evento u ocurrencia de alguna situación de fuerza mayor o caso fortuito que pudiera afectar la ejecución del contrato y además, en dicho informe debía incluir las “recomendaciones que procedan según el caso”.

Adicionalmente el contratista, esta obligado a “colaborar” con la Corporación oportunamente para que el contrato se ejecute de manera “diligente” considerando su “idoneidad y experiencia”.

De lo anterior entonces, es posible concluir que para acreditar el cumplimiento de las obligaciones arriba mencionadas, la firma Termec Ltda., debe evidenciar con suficiencia la ocurrencia de los siguientes hechos:



- a. Que en virtud de su idoneidad y experiencia, colaboró oportunamente con CORMAGDALENA para evitar o prevenir una intervención de mantenimiento ineficaz en el sistema de aire acondicionado de la sede Barrancabermeja dado el estado de los equipos.
- b. Que al reconocer que los equipos de aire acondicionado de la sede Barrancabermeja se encontraban "depreciados" y que este era un hecho determinante y en consecuencia afectaría la prestación de los servicios de mantenimiento contratado; informó por escrito al supervisor del contrato de forma inmediata; es decir, entre el 1 de noviembre y hasta el 18

<sup>1</sup> Tomado de la declaración del Señor Henry Alberto Villareal Caniñares, Representante Legal de TERMEC Ltda., en la audiencia por las presuntas deficiencias en la calidad de los servicios prestados en el marco de la aceptación de la oferta de menor cuantía No. MC-008-2020 suscrita con CORMAGDALENA; grabada con la autorización de los participantes y que reposa en el expediente del proceso.

diciembre de 2020; tiempo en la cual, conforme a los documentos fue realizada la intervención en la sede Barrancabermeja.

- c. Que como consecuencia de los hechos evidenciados, emitió las recomendaciones que procedieran según el caso teniendo en cuenta que Termec Ltda., es un prestador de servicios experto en el tema de aires acondicionados y en efecto idóneo para emitir las recomendaciones mas eficientes técnica y económicamente.

Al revisar la documentación allegada por Termec Ltda y los documentos que reposan en el expediente del proceso se evidencia lo siguiente:

- a. Adjunto al acta de pago No. 3 se evidencian en las páginas 6, 7 y 8 un cruce de comunicaciones sin fecha; donde la Funcionaria Carolina Riveros, "aprueba" los siguientes trabajos a realizar de "mantenimiento Correctivo":

"Cotización 1085: Equipos de Aire Acondicionado Primer Piso  
Cotización 1089: Equipos de Aire Acondicionado Segundo Piso"<sup>2</sup>

De lo anterior y conforme a lo facturado por Termec Ltda., se pudo evidenciar que los trabajos realizados producto de dicha aprobación fueron:

- **Para el aire del primer piso según cotización 1085:** el *"Cambio de metro (sic) de 30 mts de Cable No 8 incluye suministro de cable multifilar hilos centelsa 8QWG, Retiro de cableado antiguo sondeo y conexión cable nuevo, prueba de funcionamiento y operación"*.<sup>3</sup>
  - **Para el aire del segundo piso según cotización 1089:** el *"Estudio Termografico, Realización del estudio termo grafico y mediciones de aislamiento eléctrico al tablero de potencia y cableado eléctrico de aires acondicionados en las instalaciones de Cromagdalena Barrancabermeja"*<sup>4</sup>
- b. El documento del estudio termográfico realizado por Termec Ltda. para Cormagdalena muestra los resultados de la toma de temperatura mediante equipo sin evidencias de su estado de calibración, a 79 componentes del sistema eléctrico del aire acondicionado de la sede Barrancabermeja, las cuales son consignadas en 39 paginas de las 44 que constituye el documento y concluye así:



Basados en los registros obtenidos mediante las mediciones realizadas se concluye lo siguiente:

<sup>2</sup> Pagina 7 Acta parcial No. 3

<sup>3</sup> Pagina 12 Acta parcial No. 3

<sup>4</sup> Página 6 Acta parcial No. 3

- "1. Las temperaturas dentro del Tablero eléctrico alcanzan niveles muy altos como 46.8°C.*
- 2. El ventilador que posee el gabinete no tiene la capacidad suficiente para evacuar el calor generado en su interior.*
- 3. El barraje y cableado que se deriva de este alcanza temperatura hasta 41.8 °C, la línea 2 que sale del barraje comparada con línea 1 y línea 3, tiene una carga superior y muestra sobrecalentamiento.*
- 4. El breaker principal tiene la línea 3 más sobrecargada que línea 1 y línea 2, alcanzando 40.7 °C.*
- 5. El cableado que se encuentra ubicado en las canaletas presenta igualmente temperaturas elevadas, alcanza a llegar a 44.6°C.*
- 6. Los contactores presentan temperatura elevada alcanzando 41.9 °C, y los puntos de conexión y contactos están sobrecalentados.*
- 7. Los breakers presentan alta temperatura la cual varía desde 38.6°C hasta 41.9°C.*
- 8. Los transformadores de control están sobrecalentados y genera alto calor radiante debido a que presentan temperaturas hasta 44.1°C.*
- 9. Los elementos de medición y el cableado ubicado en la puerta del tablero también presentan mediciones muy altas, sobre 46°C.*
- 10. Hay contactores que no tienen relé térmico, y por las altas temperaturas dentro del tablero se pueden generar disparos y afectación a los diferentes equipos que están controlando."*

Como se puede evidenciar, las conclusiones apuntan a que varios de los componentes operan con unas temperaturas superiores a las que se muestran en el documento como temperaturas de referencia; pero en este estudio no se muestra un diagnóstico integral o un informe en el que se advierta a la supervisión de manera clara cuales son las consecuencias de cada una de las conclusiones presentadas con el fin de tomar las decisiones correspondientes en concordancia y cumplimiento de la obligación No. 16 del contrato No. MC-008-2020 la cual establece que:

*"16. El CONTRATISTA se compromete a entregar la siguiente información como requisito para el recibo final de actividades:*

- a. Informe detallado de las actividades ejecutadas que contenga:*
- b. Antecedentes y descripción general del proceso de mantenimiento. - Desarrollo del proyecto que incluya tiempos y avance de cada una de las actividades desarrolladas.*
- c. Registro Fotográfico el antes el durante y el después de las intervenciones.*
- d. Actas de reunión*
- e. Cuadro de balance*
- f. Cartas de Garantía por un año de los repuestos suministrados.*
- g. Informes del funcionamiento de los equipos y eventuales fallas en formatos*

preestablecidos donde debe incluirse el nombre de equipo, marca, modelo, condiciones

de operación, tendencias en su funcionamiento y causas de las fallas, su diagnóstica y la acción tomada para su corrección y fecha del evento

h. Las hojas de vida actualizadas para cada mantenimiento realizado al equipo.

i. Un archivo historial de los equipos, en los que se registren las lecturas de operación, revisiones, cambios, anomalías y diagnósticos de cada unidad. Deberá realizar las revisiones en sus diferentes variables de proceso, temperaturas, flujos, presión, tiempo, detectando posibles fallas, para detectar cualquier ruido extraño."

- c. Para el desarrollo de los trabajos propios del objeto contratado, el Contratista Termec Ltda., en el estudio termográfico recomendó:

#### "RECOMENDACIONES

"1. Fabricar e instalar un nuevo tablero eléctrico en el que puedan utilizar los componentes que estén en buen estado.

2. Reemplazar los equipos existentes por equipos con una mejor eficiencia energética como, por ejemplo: tecnología con refrigerante variable, dado que los consumos eléctricos se disminuirían considerablemente."

Estas recomendaciones apuntan a la fabricación de un nuevo tablero, pero no indica cual es el resultado derivado de la implementación de su recomendación, no el efecto de no proceder de acuerdo con lo recomendado; así como tampoco advierte cuales son las causas por las cuales se emite esta recomendación.

En la segunda recomendación, sólo se hace referencia a los efectos del consumo de energía pero no al funcionamiento de los equipos en sí mismos, o que esto deteriore algún componente esencial.

- d. Dadas las evidencias en el mal funcionamiento de los sistemas de aire acondicionado en la sede Barrancabermeja tanto en primero como segundo piso, se solicitó al contratista Termec Ltda., que realizara una visita de inspección mediante oficio CE-SGE-202103000660 del 2 de marzo de 2021 en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta la ejecución de las actividades previstas en el contrato de la referencia, se ha evidenciado de manera temprana que los aires acondicionados de la sede Barrancabermeja (1 y 2 piso) han disminuido notablemente su eficiencia; pues aunque los equipos funcionan, estos no enfrían a la temperatura indicada en los tableros de control. Por tal razón, es necesario que el contratista efectúe en el marco de sus obligaciones poscontractuales una visita de verificación y asistencia técnica de garantía ya que se presume una deficiencia en la calidad de los servicios prestados en dicha sede."



- e. En respuesta a la comunicación, el contratista contestó mediante correo electrónico el día 23 de marzo de 2021 lo siguiente<sup>5</sup>:

En atención a su comunicación de la referencia me permito informarle lo siguiente:

*"Los equipo de aire acondicionado que ustedes tienen, efectivamente están funcionando tal como usted lo menciona. En relación a cuando usted menciona que no enfrían a la temperatura indicada en los tableros de control, me permito indicarle que los tableros de control de los equipos no tienen un indicador de temperatura, estos son tableros netamente eléctricos que permiten los accionamientos para que los aires funcionen.*

*Es importante además de lo anterior que usted conozca que los aires que ustedes tienen en esta sede son aires que tienen muchos años de operación los cuales indudablemente tienen desgaste normal por el paso del tiempo, y el hecho de que en un momento dado la temperatura que se perciba en un espacio no sea la deseada, ese tema no obedece a calidad de servicios prestados por nuestra parte, obedece a un tema de eficiencia de los equipos, desgaste de los equipos y de carga térmica dado que los equipos que ustedes tienen en la sede son equipos que están instalados y nuestro servicio únicamente cubrió la realización de mantenimientos preventivos para que los equipos operaran y efectivamente los equipos los entregamos funcionando adecuadamente."*

Bajo esta comunicación, el contratista ya manifiesta que los aires de la sede Barrancabermeja "son aires que tienen muchos años de operación los cuales indudablemente tienen desgaste normal por el paso del tiempo". Situación sobre la cual no se evidencia prueba documental que haya sido advertida oportunamente por el contratista para la toma de decisiones adecuada.

Pero también indica que "nuestro servicio únicamente cubrió la realización de mantenimientos preventivos para que los equipos operaran y efectivamente los equipos los entregamos funcionando adecuadamente."; situación que es contraria a las evidencias aportadas por Termec Ltda., en el acta de recibo No. 3 donde se evidencia que en la Sede Barrancabermeja se realizó: "Cambio de metro (sic) de 30 mts de Cable No 8 incluye suministro de cable multifilar hilos centelsa 8QWG, Retiro de cableado antiguo sondeo y conexonado cable nuevo, prueba de funcionamiento y operación".<sup>6</sup>

Actividad que obedece a un mantenimiento correctivo del equipo.

<sup>5</sup> Documento que reposa en el expediente del proceso

<sup>6</sup> Pagina 12 Acta parcial No. 3

- f. En virtud de esta situación, la supervisión solicitó el 23 de marzo de 2021 allegar documentos que acreditaran el cumplimiento de las obligaciones del contrato como lo manifiesta el contratista en su oficio del 16 de agosto de 2021:

*"De acuerdo con el contenido de su comunicación, se solicita dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de esta misma, aportar los soportes que acrediten de manera suficiente que en desarrollo del contrato 008-2020 en su calidad de contrastas, advirtieron a la Endad sobre los riesgos y posibles alteraciones al funcionamiento de los aires acondicionados derivadas de las circunstancias que asevera en su misiva."*

Aspecto que no tuvo respuesta por parte del contratista.

- g. En la sesión del día 12 de agosto de 2021 de la audiencia por las presuntas deficiencias en la prestación de los servicios del contrato MC-008-2020, el Representante Legal de Termec afirmó:

*"(...) hay un funcionario y me menciona que no sabía que los equipos de la entidad son unos equipos que tienen ya más de 15 - 20 años de servicio, equipo que ya cumplieron su vida útil técnicamente lo cumplieron y además de cumplirlo tienen que estar obviamente depreciados valor cero dentro de las arcas de la de la contabilidad del Estado porque son un equipo completamente ya de digamos que de una tecnología primero, muy vieja segundo equipos que ya al haber cumplido su vida útil en cualquier momento y en cualquier instante indudablemente falla cualquier componente y el funcionario que me llamó no recuerdo el nombre me manifestaba que desconocía por completo lo que le estaba diciendo." (destacado añadido)*

Situación que tampoco fue advertida en el desarrollo de los trabajos y que en ningún informe se manifiesta haber indicado a la supervisión sobre el estado de los mismos y qué podría ocurrir antes de expirar sus garantías por la prestación del servicio.

- h. En el oficio del 16 de agosto de 2021 Termec Ltda. cita que:

*"No se dieron los hechos establecidos en la obligación No 10 porque lo que le paso a los equipos, no son situaciones de fuerza mayor ni caso fortuito y adicional se pasó el informe."*

Una vez revisados todos los documentos que reposan en el expediente y los aportados en el desarrollo de la audiencia por parte de Termec Ltda., no se evidencia que, a pesar de haber solicitado la asistencia en la fase post-contractual al contratista; éste no ha adelantado ninguna actividad que busque la subsanación de los hechos o las consecuencias de sus omisiones, pues no existe prueba que demuestre suficientemente el haber dado cumplimiento a las obligaciones enunciadas en la pregunta; ya que en la debida oportunidad, no se registra ningún elemento documental o fáctico que



permita verificar que Termec Ltda., haya colaborado con la ejecución eficaz del contrato, ni que haya advertido a la supervisión del impacto y los riesgos de las intervenciones en equipos “depreciados”, que ya han “cumplido su vida útil”, tampoco se evidencia que como eximente de su responsabilidad, Termec Ltda. haya advertido que por el estado y la obsolescencia de los equipos de aire acondicionado, estos podrían presentar fallas súbitas con posterioridad a la prestación del servicio.

Aunado a lo anterior, si bien existen en el expediente del contrato tres (3) actas de recibo parcial, que de igual manera fueron aportadas por Termec Ltda como prueba al proceso; el hecho relevante de estos documentos no es que éstas hayan sido aprobadas y que a partir de dicha aprobación se haya dado su pago, puesto que en el desarrollo normal de la ejecución pactada, no eran evidentes las falencias que posteriormente se dieron; el hecho relevante para el proceso administrativo que actualmente se adelanta, es que no se evidenció en las actas correspondientes suscritas por las partes, una clara advertencia de las posibles afectaciones que se podrían presentar en estos equipos dado lo ya evidenciado por el idóneo y experimentado contratista en el momento de suscribir tales actas para remunerar sus servicios prestados a la corporación, hecho que al ser contrastado con los descargos entregados en el marco de este proceso administrativo permiten concluir que no existe evidencia documental del cumplimiento oportuno de las obligaciones a cargo del contratista prevista en el acuerdo de voluntades.

#### **PREGUNTA No. 2**

*Por favor explique ¿Qué ha tenido que realizar la CORPORACIÓN, posterior a la finalización del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-20, para poner en correcto funcionamiento los equipos de aire acondicionado de propiedad de esta?*

#### **RESPUESTA**

Los equipos a la fecha continúan sin operar y en virtud del proceso de garantía adelantado con Termec Ltda., CORMAGDALENA no ha ejecutado ninguna intervención. No obstante, se adelanta por parte de CORMAGDALENA un proceso de contratación de mantenimiento para estos aires acondicionados cuyo rubro asciende a \$98.714.000,00 sin que se haya adjudicado a la fecha.

(...)

#### **PREGUNTA No. 4**

*¿El presunto incumplimiento de calidad del servicio en la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-2020, puede ser imputable o no al CONTRATISTA?, Por favor explique el motivo de sus razones.*

#### **RESPUESTA**

Sí, de acuerdo con las evidencias y pruebas allegadas por Termec Ltda., se concluye que efectivamente el incumplimiento puede ser imputable al contratista.

#### **ARGUMENTOS DE LA RESPUESTA**

El compilado de documentos que componen el expediente del proceso, incluyendo aquellos aportados por Termec Ltda. en el desarrollo de la presente audiencia, permiten probar omisiones relevantes por parte del contratista, las cuales no fueron comunicadas oportunamente al supervisor del contrato. El hecho de haber desarrollado trabajos de mantenimiento preventivo y correctivo sobre equipos

depreciados, obsoletos al haber cumplido su vida útil, de vieja tecnología y en consecuencia poco confiables, conllevaba al contratista a advertir inmediatamente y de manera escrita sobre aquellas circunstancias que no le iban a permitir prestar un correcto servicio a CORMAGDALENA lo que a su vez se traduciría en un alto riesgo de gestión antieconómica porque los mantenimientos preventivos y correctivos realizados no podrían garantizar que los equipos del aire acondicionado de la sede Barrancabermeja operaran en debida manera dado que por su estado, era previsible que de manera súbita se averiara alguno de sus componentes y el sistema no funcionara correctamente.

Esta situación configura a todas luces una situación crítica para la integridad contractual ya que de manera igualitaria representaba riesgo para las partes; por un lado, para Termec, quien debió advertir que no podría garantizar sus servicios en las condiciones que se encontraban los equipos y en consecuencia eximir su responsabilidad post-contractual, situación que no se evidenció en los documentos aportados. Y por otra parte el no contar con los equipos de aire acondicionado representa para CORMAGDALENA un riesgo laboral que debe ser gestionado, por lo que si se hubiera advertido oportunamente por parte del experto e idóneo contratista, la Corporación hubiera podido tomar las decisiones correspondientes o los correctivos adecuados y no estaría viéndose abocada a retirar a su

personal a otros sitios de trabajo, restringiendo la capacidad operativa y administrativa para la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los deberes misionales de la entidad.

De igual manera, en observancia de lo contenido en la Ley 80 de 1993, los contratistas son "colaboradores de las entidades contratantes en lo que sea necesario **para que el objeto contratado se cumpla y sea de la mejor calidad**" (destacado añadido); por este motivo, si la calidad del servicio no estaba asegurada por el estado de obsolescencia de los equipos, Termec ha debido abstenerse de ejecutar un mantenimiento que no iba a poder garantizarse.

Así las cosas, Termec recibió la contraprestación de \$4.640.762 por los siguientes servicios prestados en la sede Barrancabermeja:

- El "Cambio de metro (sic) de 30 mts de Cable No 8 incluye suministro de cable multifilar hilos centelsa 8QWG, Retiro de cableado antiguo sondeo y conexión cable nuevo, prueba de funcionamiento y operación".<sup>7</sup> Por valor de \$749.462,00 según factura FE150 del 1 de diciembre de 2020
- El "Estudio Termografico, Realización del estudio termo grafico y mediciones de aislamiento eléctrico al tablero de potencia y cableado eléctrico de aires acondicionados en las instalaciones de Cromagdalen Barrancabermeja"<sup>8</sup> Por valor de \$1.904.000,00 según factura FE 184 del 15 de diciembre de 2020
- Mantenimientos preventivos sede Barrancabermeja por valor de 1.987.300,00 según factura de venta FE 160 del 1 de diciembre de 2020

Servicios que no tuvieron la calidad adecuada puesto que, a menos de un mes de terminada la intervención del mantenimiento preventivo, mantenimiento correctivo y el estudio térmico, los equipos de la sede Barrancabermeja fallaron, sin haber dejado constancia expresa y oportuna por parte del contratista de los riesgos asociados a la garantía. Esto indica que los recursos allí invertidos, no dieron los resultados esperados y descritos en el propósito de la contratación la cual fue claramente identificada en el numeral 2 del estudio previo el cual indica:

*"Por lo anteriormente expuesto, es necesario implementar un programa permanente de mantenimiento preventivo y correctivo de los aires acondicionados de propiedad de la Corporación, **con el fin de mantener en óptimas condiciones estos equipos, de tal forma***



**que se garantice una temperatura idónea de los lugares de trabajo y adicionalmente minimizando los riesgos de averías serias los cuales a la postre resultan más costosos en términos de tiempo y de recursos.**

De acuerdo con lo expuesto anteriormente y dado que Cormagdalena no cuenta con el recurso humano, de equipos, herramientas o materiales que en materia de mantenimientos garanticen

<sup>7</sup> Página 12 Acta parcial No. 3  
<sup>8</sup> Página 6 Acta parcial No. 3

**condiciones estructurales y de operación física de los equipos; específicamente en mantenimientos de Aires Acondicionados, para lo cual hay especialistas en el tema, que pueden revestir de calidad, eficiencia, agilidad y seguridad el cumplimiento del deber a cargo de la Corporación, debiéndose contratar una persona natural o jurídica que con capacidad, conocimientos necesarios y experiencia específica que pueda prestar el servicio de mantenimiento de los sistemas de aire acondicionado de propiedad de la Corporación en sus diferente sedes y oficinas en las cuales opera.**" (destacado y subrayado añadido)

Aspecto que sobre toda circunstancia debió atenderse con rigurosidad por parte de Termec Ltda., y frente a lo cual, de acuerdo con las evidencias documentales no fue evidenciado ni probado su adecuado cumplimiento y por consecuente hoy CORMAGDALENA se ve en la necesidad de restringir el ingreso de sus colaboradores en Barrancabermeja al no garantizar una temperatura adecuada en los sitios de trabajo.

El presente informe se rinde en mi calidad de supervisora designada para el contrato No. MC-08-20 bajo la aplicación de los criterios de objetividad y con fundamento en las evidencias documentales presentadas.

...”39

En aplicación del Código General del Proceso se les corrió traslado de la anterior prueba por informe a los convocados vía correo electrónico, para que en el término de tres (3) días solicitaran aclaración, complementación y/o ajuste al mismo. Frente al anterior traslado, tanto el Contratista, como la apoderada de la compañía Garante, guardaron silencio. Aspecto éste que se puso de manifiesto a los convocados y demás asistentes, en la Audiencia del 13 de octubre del 2021.

En Audiencia del 13 de octubre del 2021, se solicitó de oficio a la supervisión del contrato, para que procediera a ampliar, complementar o aclarar lo correspondiente a un punto. Mediante comunicación Interna No. 2021-100-2068 del 28 de octubre de 2021, se dio respuesta señalando:

*“(...) proceda a ampliar, complementar o aclarar lo correspondiente a los siguientes puntos: i. Sírvase aclarar al Despacho su respuesta establecida en el literal c), de la documentación allegada por Termec Ltda y los documentos que reposan en el expediente del proceso, en donde se evidencia que “...c. Para el desarrollo de los trabajos propios del objeto contratado, el Contratista Termec Ltda., en el estudio termográfico*

39 Comunicación interna No. 2021-100-1743 del 13 de septiembre de 2021. Págs. 4 a 13.

*recomendó...” (pág. 7), en el sentido de aclarar ¿Qué acciones desarrolló LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO frente a las recomendaciones realizadas por el contratista, mediante el Estudio Termográfico? Sírvese explicar el motivo de sus razones.”*

*RESPUESTA Para dar respuesta a la solicitud de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, es pertinente poner de presente que el informe termográfico se entrega por parte del contratista en el marco de un producto específico; aprobado y pagado según lo propuesto por Termec en la cotización No. 1089, más no en el marco del cumplimiento de las obligaciones como contratista de Cormagdalena, que conminaban a este a informar oportunamente todas aquellas situaciones que pudieran afectar el cumplimiento y la calidad de los servicios prestados, dado que, estas obligaciones prevalecen de manera independiente e indistinta a la entrega de este producto específico. Adicionalmente, es necesario precisar que el estudio termográfico se realizó solamente “al tablero de potencia y cableado eléctrico” del sistema de aire acondicionado, pero este no es un estudio integral y completo de todo el referido sistema ubicado en la sede Barrancabermeja, que permitiera evidenciar el estado de todas las variables que inciden en su correcta operación para tomar decisiones de fondo, sino que sus resultados se orientan al sistema eléctrico únicamente.*

*Bajo el anterior contexto, las recomendaciones emitidas en el informe de “Estudio Termográfico” al componente eléctrico del sistema entregado por el Contratista Termec Ltda., son las siguientes:*

**“RECOMENDACIONES**

- 1. Fabricar e instalar un nuevo tablero eléctrico en el que puedan utilizar los componentes que estén en buen estado.*
- 2. Reemplazar los equipos existentes por equipos con una mejor eficiencia energética como, por ejemplo: tecnología con refrigerante variable, dado que los consumos eléctricos se disminuirían considerablemente.”*

*Por otra parte, a continuación me permito informar las acciones que, derivadas de las anteriores recomendaciones, se llevaron a cabo por parte de la supervisión y la Secretaría General, quien tiene a su cargo la gestión sobre estos equipos en cabeza de la suscrita.*

**Cabe precisar que la recomendaciones entregadas por la firma Termec Ltda., no ponen en evidencia expresa la atención urgente sobre estos aspectos planteados, pues como bien se puede evidenciar en el texto transcrito, tanto la fabricación del tablero eléctrico como el remplazo de los equipos, **no son presentados a la supervisión como un factor determinante, eximente de responsabilidad, condicionante o de urgente atención en relación con la calidad de los servicios prestados por parte del contratista; ni se****



**establece un riesgo inminente en caso de inobservancia a las mencionadas recomendaciones.**

Lo anterior se concluye considerando que, en lo que respecta a la primera recomendación, sólo hace referencia al cambio de una pieza eléctrica que permita utilizar componentes en buen estado y que además a la fecha, aun permite la operación de los equipos y para la segunda recomendación, el impacto de su implementación es que “los consumos eléctricos se disminuirían considerablemente.” Y frente a esta situación, el costo del consumo, si bien debe optimizarse, **no es una condición que sugiera la inminente inoperancia del sistema de aire acondicionado de la sede Barrancabermeja como efectivamente se materializó de manera temprana con posterioridad a la prestación de los servicios contratados.**

No obstante, en atención a estas recomendaciones y dado que el funcionamiento de estos equipos es imprescindible para la operación y el desarrollo de las labores administrativas de Cormagdalena, la Secretaría General gestionó recursos para la vigencia 2021 con el fin de atender el mantenimiento correctivo y preventivo del sistema de aire acondicionado e incorporó a los documentos técnicos de referencia los registros entregados por Termec Ltda. en su “Estudio Termográfico”, a fin de ser tenidos en cuenta en el desarrollo del contrato de mantenimiento No. 0-266-2021 del año en curso, bajo el cual se asignaron recursos para el mantenimiento y la reposición de elementos del sistema de aire acondicionado por la suma de \$130.375.178 y que actualmente se encuentra en ejecución.

Página 4 de 4

Conforme a lo anteriormente expuesto y considerando el cuestionamiento recibido por la Oficina Asesora Jurídica, se evidencian las acciones tomadas a partir de las recomendaciones recibidas por parte del contratista experto en el tema de aires acondicionados Termec Ltda., sumado a que estos equipos deben tener un mantenimiento rutinario riguroso dada la importancia que tienen para la adecuada operación de la entidad; **dejando constancia que el citado estudio termográfico no se expidió en el marco del cumplimiento de las obligaciones contraídas con Cormagdalena sino que es un producto específico aprobado y pagado de forma puntual en el acta parcial No. 3 de diciembre de 2020...**

En audiencia del 23 de noviembre del 2021, se le solicitó de oficio a la testigo KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, quien tiene la calidad de coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA, que allegara los Informes presentados por Termec Ltda., y radicados ante CORMAGDALENA, mediante los cuales dicha compañía informó a la CORPORACIÓN las deficiencias de los equipos de aire acondicionado en la sede de Barrancabermeja (Santander). En atención a lo anterior, la Sra. RUEDA ESTEVEZ, procedió a remitir los informes solicitados, el día 29 de noviembre de 2021, mediante correo electrónico recibido en esta

CORPORACIÓN a las 2:30 p.m, en 66 folios, por lo cual, se procedió a correr traslado a la apoderada del Garante, mediante correo electrónico, por el término de tres (3) días, sin recibirse manifestación alguna por su parte. En dichos informes, esta Oficina Asesora Jurídica, pudo evidenciar que:

1. En oficio fechado el 9 de octubre de 2020 por parte de la señora KAREN RUEDA coordinadora ingeniería de TERMEC LTDA, con asunto “*informe revisión aires acondicionados Barrancabermeja*”, en donde se señala que:

“ ...

En la revisión efectuada en la sede de la referencia pudimos evidenciar que las acometidas eléctricas que tienen los equipos de aire acondicionado de la entidad se encuentran sobrecalentadas y los cables de potencia que alimentan los equipos ya han sufrido sobrecalentamiento por un mayor consumo de amperaje.

Este mayor consumo de amperaje se ocasiona debido a lo siguiente:

1. El calibre del cable no tiene la capacidad eléctrica para resistir el consumo de los aires acondicionados cuando se encuentran en su máxima capacidad, esto conlleva a que el cable se caliente y se disparen las protecciones del equipo.
2. Cuando ocurren las fallas en el fluido eléctrico y entra la planta eléctrica, esta no tiene la capacidad requerida y el voltaje que se suministra a los equipos está por debajo del voltaje requerido, el voltaje requerido es 220v, sin embargo con la planta eléctrica se tienen voltajes que oxilan entre 203,205 y 210v, cuando esto ocurre automáticamente los cables se sobrecalientan demasiado porque el consumo de amperios aumenta de forma rápida.
3. Como normalmente los equipos deben trabajar con voltaje de 220v, su tolerancia mínima con el que deberían operar son 208v, los equipos naturalmente se protegen y se disparan para evitar que se dañen los compresores.

Por todo lo anterior es indispensable que se cambie el cableado de las acometidas eléctricas a los diferentes equipos, se reemplace todo el cableado que por suministro de bajo voltaje de la red eléctrica se recalentó y adicional a ello sea considerado una mayor capacidad para la planta eléctrica para que cuando entren en operación los aires con esta planta el voltaje no disminuya por debajo de 205v.

No se evidencia que haya sido entregado a la supervisión o apoyo de la misma. ...”<sup>40</sup>

2. Se evidencia correo del 9 octubre 2020 con asunto “soporte técnico-Barrancabermeja” remitido por el apoyo a la supervisión Carolina Riveros Vargas, al señor Henry Villarreal, con copia a la señora Karen Rueda, en donde señala:

“ ...

<sup>40</sup> Anexo denominado “INFORME REVISIÓN AIRES ACONDICIONADOS BARRANCABERMEJA”.

----- Mensaje reenviado -----  
De: Carolina Riveros Vargas <carolina.riveros@cormagdalena.gov.co>  
Para: "Henry Villarreal" <henry.villarreal@termec.co>  
Cc: "Karen Rueda" <karen.rueda@termec.co>, "Ferney Murcia" <fernay.murcia@termec.co>  
Fecha: vie, 09 oct 2020 17:23:04 -0500  
Asunto: RV: SOPORTE TECNICO - Barrancabermeja  
----- Mensaje reenviado -----

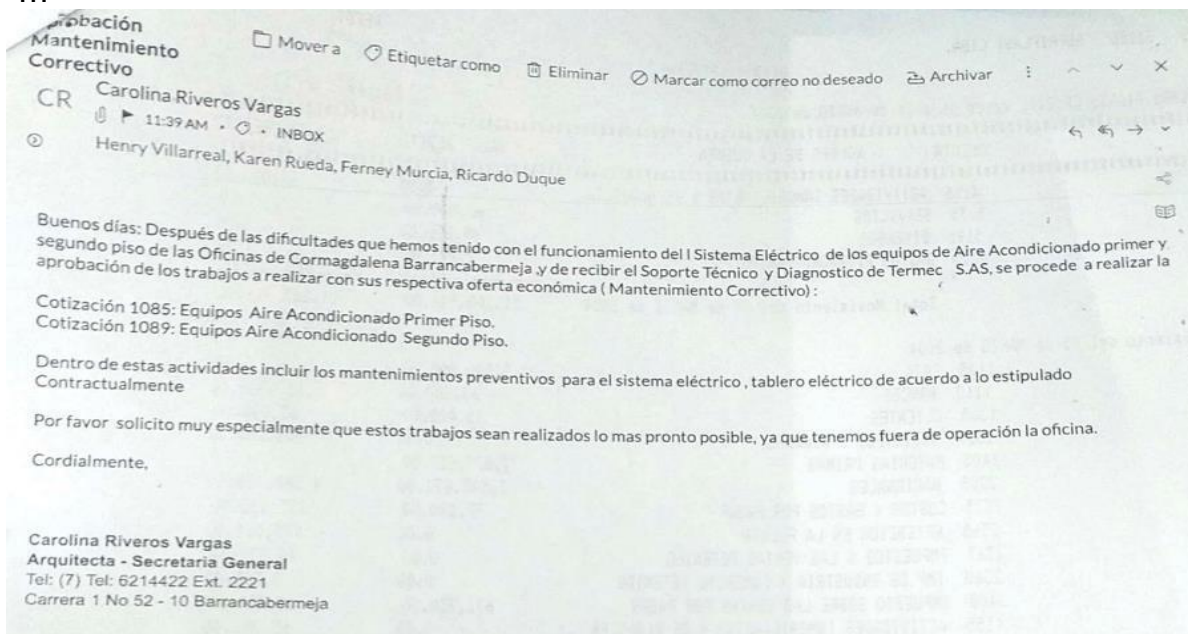
Buenas Tardes Ingeniero, Después de revisar el informe técnico y después de haber estado con el técnico Carlos Espeleta en la revisión, no estoy de acuerdo con, el diagnostico por ustedes realizado. El arreglo para darle solución a la condensadora 2, era el cambio de cable N 8 más o menos unos 30 ml y no el cableado total de toda la cometa más el cambio de la planta eléctrica. En este momento requiero por favor urgentemente la realización de esta actividad que está dentro del alcance de contrato como mantenimiento correctivo, lo que ustedes proponen es una obra civil que entraría en otro proceso contractual. Adicionalmente tener en cuenta que los equipos existentes el otro año entrante van a ser reemplazados.

Cordialmente,

... "41

3. Se evidencia correo sin fecha, con asunto "Aprobación Mantenimiento Correctivo" remitido por parte de apoyo a la supervisión Carolina Riveros Vargas, al señor Henry Villarreal, con copia a la señora Karen Rueda, en donde señala:

" ...



... "42

4. En archivo de "mediciones termográficas" realizador al tablero potencia aires, de fecha del 15 de octubre de 2020, y remitido por KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA., en los informes solicitados, el día 29 de noviembre de 2021, se evidencia

41 Anexo denominado "ICORREO DE INFORME".

42 Anexo denominado "APROBACION COTIZACIONES ARQ CAROLINA".

recomendación “se requiere corregir. Caliente de entrada a disyuntor y salidade barraje”.<sup>43</sup>

5. En los informes fechados el 23 de noviembre de 2020:

1. Respecto de los equipos de aire acondicionado de la seccional Barrancabermeja - bodega dos, equipo uno, el cual es firmado por la arquitecta Carolina Riveros Vargas, en su calidad de apoyo a la Supervisión del contrato MC- 008 de 2020, se evidencia que se realizó informe respecto a *“equipo no funciona, tomacorriente quemado y enchufe”*, remitido por KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA., en los informes solicitados, el día 29 de noviembre de 2021<sup>44</sup>.
2. Respecto de los equipos de aire acondicionado de la seccional Barrancabermeja – auditorio, el cual es firmado por la arquitecta Carolina Riveros Vargas, en su calidad de apoyo a la supervisión del contrato MC- 008 de 2020, se evidencia que se realizó informe respecto a se realizó *“cambio de instalación de Correa B-36 a la unidad manejadora del auditorio y se deja todo OK”*, remitido por KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA., de los informes solicitados, el día 29 de noviembre de 2021<sup>45</sup>.
3. Respecto de los equipos de aire acondicionado de la seccional Barrancabermeja- central of auditorio. el cual es firmado por la arquitecta Carolina Riveros Vargas, en su calidad de apoyo a la supervisión del contrato MC- 008 de 2020, se evidencia que se realizó informe respecto a *“equipo necesita cambio de correa número B-36 Ok”*, remitido por KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA., de los informes solicitados, el día 29 de noviembre de 2021.<sup>46</sup>
4. Respecto de los equipos de aire acondicionado de la seccional Barrancabermeja- central of piso No.3., el cual es firmado por la arquitecta Carolina Riveros Vargas, en su calidad de apoyo a la supervisión del contrato MC- 008 de 2020, se evidencia que se realizó informe respecto a *“equipo necesita arreglo de ducto”*, remitido por KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de

43 Anexo denominado “MEDICIONES TERMOGRÁFICAS” Página 1, y 2. No se evidencia que haya sido entregado a la supervisión del contrato o apoyo de la misma.

44 Anexo denominado “REPORTES ÚLTIMO MANTENIMIENTO”. Pág. 5.

45 Ibidem. Pág. 9.

46 Op Cit. Pág. 11.



la empresa TERMEC LTDA., de los informes solicitados, el día 29 de noviembre de 2021.<sup>47</sup>

Frente a las anteriores pruebas documentales aportadas por el Contratista a través de la testigo, KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, quien tiene la calidad de coordinadora de Ingeniería de la sociedad TERMEC LTDA, se solicitó de oficio la presentación DE PRUEBA POR INFORME No. 2 A CARGO DE LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, a fin que respondiera las siguientes preguntas:

*“Teniendo en cuenta la documentación allegada por la señora KAREN DAYANA RUEDA ESTEVEZ, Coordinadora de Ingeniería de la empresa TERMEC LTDA., la documentación que reposa en el expediente, y frente al presunto siniestro de calidad del servicio, relacionado con las obligaciones del CONTRATISTA, (literales c, g y k del subnumeral 3.4.1., del numeral 3.4., denominado “OBLIGACIONES DE LAS PARTES” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía, así como los subnumerales 10, 11, y 14, a su vez del Subnumeral 3.4.2, denominado “OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía):*

- 1. ¿El CONTRATISTA realizó alguna actuación que buscara subsanar o dar cumplimiento a las anteriores obligaciones?, Por favor explique el motivo de sus razones.*
- 2. ¿Qué trabajos adicionales realizó el CONTRATISTA autorizados por la CORPORACIÓN, durante o después de finalizado el periodo de ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-20, para poner en correcto funcionamiento los equipos de aire acondicionado de propiedad de esta, en la ciudad de Barrancabermeja – Santander, de conformidad con los informes de ejecución presentados por el CONTRATISTA?, Por favor explique el motivo de sus razones.”*

LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO, mediante comunicación interna CORMAGDALENA No. 2022-100-0022 del 1/12/21, señaló lo siguiente:

“ ...

#### **1. RESPUESTAS**

Para dar respuesta a los interrogantes planteados por la OAJ en el desarrollo del proceso, es necesario revisar lo contenido en los literales c, g y k del subnumeral 3.4.1., del numeral 3.4., denominado “OBLIGACIONES DE LAS PARTES” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía, así como los subnumerales 10, 11, y 14, a su vez del Subnumeral 3.4.2, denominado “OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA” así:

##### **“3.4.1 OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA**

---

<sup>47</sup> Ibidem. Pág. 12.

- c. Responder por el cumplimiento y calidad de los servicios prestados, sin perjuicio de la garantía que EL CONTRATISTA constituya.  
(...)
- g. Reportar al supervisor cualquier novedad o anomalía durante la ejecución del contrato.  
(...)
- k. Prestar oportuna colaboración para la diligente ejecución del contrato, utilizando de manera eficaz su idoneidad y experiencia en el desarrollo del mismo."

Por su parte, se tiene en el numeral 3.4.2

#### **"3.4.2 OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA.**

- 10. Informar de inmediato y por escrito, al supervisor la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso.  
(...)
- 11. Solicitar aprobación del Supervisor cuando se requiere realizar el cambio de partes tales como; motores, motocompresores, parte eléctrica o mecánicas, refrigerante, entre otros, y su respectiva instalación; estos arreglos deben ser realizados dentro del plazo que señale el supervisor.  
(...)
- 14. no , sin que implique modificación del plazo contractual, las actividades mal ejecutadas, es decir aquellas que se verifique que hayan sido ejecutadas con especificaciones de inferiores cualidades y calidades o diferentes a las establecidas en el Pliego de Condiciones. Lo anterior, de conformidad con las observaciones impartidas por el Supervisor, en el término que éste lo indique. Si el CONTRATISTA no repara las actividades mal ejecutadas dentro del término señalado, CORMAGDALENA, podrá proceder a la imposición de sanciones a que haya lugar."

#### **1.1 INTERROGANTE No. 1**

El contratista Termec Ltda., no realizó alguna actuación que buscara subsanar o dar cumplimiento a las obligaciones mencionadas considerando las conclusiones manifestadas en el interrogatorio sobre la presunta obsolescencia de los equipos también reiteradas por el Representante Legal del contratista en el desarrollo de la audiencia. Este elemento no menor en el desarrollo de un contrato de mantenimiento resulta determinante porque hace improcedente, en observancia del principio de economía y la buena fe, la ejecución adecuada de los recursos asignados al mantenimiento.

Lo anterior se concluye, ya que desde el punto de vista técnico, jurídico y económico no es viable invertir recursos de mantenimiento en un bien cuya vida útil ha caducado ya que lo que procede en este escenario, es el cambio o renovación del equipo en cuestión.

No obstante, como se muestra en la siguiente trazabilidad que a la fecha reposa en el expediente del proceso, no existe evidencia soportada con suficiencia que el contratista en cumplimiento de las obligaciones **g y 10** de haber notificado la caducidad de la **vida**



**útil de los equipos de aire acondicionado de la sede Barrancabermeja de CORMAGDALENA.**

a. Todos los informes y soportes aportados por Termec Ltda y sus funcionarios, en ningún momento hacen manifestación clara y expresa, es más, tampoco manifiestan de manera implícita problemas de obsolescencia en los equipos de aire acondicionado objeto de los mantenimientos contratados.

b. En documento "correo de informe.pdf" da cuenta de la comunicación de la Funcionaria Carolina Riveros de Cormagdalena, donde se lee con posterioridad a una revisión por parte de los técnicos presuntamente vinculados por Termec para la ejecución del contrato: "La falla esta en el tablero eléctrico donde es necesario realizar unos correctivos. Quiero dejar claridad que el mantenimiento preventivo del sistema Eléctrico, tableros y demás están dentro de los requerimientos contractuales y con sorpresa, Carlos me informa que esta labor no está incluida dentro de las actividades que él tiene que realizar."

c. Posteriormente se remite un documento que se presume es el "informe de la revisión efectuada" que manifiesta Karen Rueda en su comunicación dirigida a Carolina Riveros el día 9 de octubre de 2020. Bajo el archivo allegado "INFORME REVISIÓN AIRES ACONDICIONADOS BARRANCABERMEJA.pdf" se establece lo siguiente:

"En la revisión efectuada en la sede de la referencia pudimos evidenciar que las acometidas eléctricas que tienen los equipos de aire acondicionado de la entidad se encuentran sobrecalentadas y los cables de potencia que alimentan los equipos ya han sufrido sobrecalentamiento por un mayor consumo de amperaje.

Este mayor consumo de amperaje se ocasiona debido a lo siguiente:

- 1. El calibre del cable no tiene la capacidad eléctrica para resistir el consumo de los aires acondicionados cuando se encuentran en su máxima capacidad, esto conlleva a que el cable se caliente y se disparen las protecciones del equipo.*
- 2. Cuando ocurren las fallas en el fluido eléctrico y entra la planta eléctrica, esta no tiene la capacidad requerida y el voltaje que se suministra a los equipos está por debajo del voltaje requerido, el voltaje requerido es 220v, sin embargo con la planta eléctrica se tienen voltajes que (sic) oxilan entre 203,205 y 210v, cuando esto ocurre automáticamente los cables se sobrecalientan demasiado porque el consumo de amperios aumenta de forma rápida.*
- 3. Como normalmente los equipos deben trabajar con voltaje de 220v, su tolerancia mínima con el que deberían operar son 208v, los equipos naturalmente se protegen y se disparan para evitar que se dañen los compresores.*

Por todo lo anterior es indispensable que se cambie el cableado de las acometidas eléctricas a los diferentes equipos, se reemplace todo el cableado que por suministro de bajo voltaje de la red eléctrica se recalentó y adicional a ello sea considerado una mayor capacidad para la planta eléctrica para que cuando entren en operación los aires con esta planta el voltaje no disminuya por debajo de 205v."

d. Frente a este informe la Funcionaria Carolina Riveros respondió al Representante de la Firma Termec Ltda.:

*"Buenas tardes Ingeniero, Después de revisar el informe técnico y después de haber estado con el técnico Carlos Espeleta en la revisión, no estoy de acuerdo con, el diagnóstico por ustedes realizado. El arreglo para darle solución a la condensadora 2, era el cambio de cable No. 8 más o menos unos 30 ml y no el cableado total de la acometida más el cambio de la planta eléctrica. En este momento requiero por favor urgentemente la realización de esta actividad que esta dentro del alcance de contrato como mantenimiento correctivo, (...)"*

Hecho que ante la observación de la funcionaria Riveros no se conoce objeción escrita por parte de Termec Ltda., sino que se prosiguió con los mantenimientos correctivos y preventivos establecidos en el contrato.

e. Como ya es conocido por el despacho, bajo la autorización de la supervisión de Cormagdalena, se procedió a realizar como ítem adicional al contrato y reconocer su pago, un informe termográfico, el cual se ejecutó sobre el sistema de alimentación eléctrica de los equipos de aire acondicionado, el cual concluyó con las siguientes recomendaciones:

*"1. Fabricar e instalar un nuevo tablero eléctrico en el que puedan utilizar los componentes que estén en buen estado.*

*2. Reemplazar los equipos existentes por equipos con una mejor eficiencia energética como, por ejemplo: tecnología con refrigerante variable, dado que los consumos eléctricos se disminuirían considerablemente."*

Con todo lo hasta aquí expuesto se puede demostrar conforme a las evidencias documentales que, los equipos de aire acondicionado no acreditaban, ni acreditaron una categoría de obsolescencia como consecuencia de la expiración de su vida útil dado que las fallas identificadas en el funcionamiento de los sistemas de aires acondicionados no obedeció a las deficiencias de estos equipos en sí mismos, sino a las falencias en la alimentación eléctrica para su operación; situación además concluida por la funcionaria de Termec Ltda. Karen Rueda.

Por otra parte, en lo referido en el literal k, donde se requiere la colaboración del contratista a partir de su "idoneidad y experiencia" se considera que el personal que lideró el mantenimiento no cumple con las condiciones de idoneidad y experiencia considerando qué:

a. La idoneidad se compone de la capacidad suficiente para llevar a cabo una actividad, lo cual se construye a partir de conocimientos específicos y el desarrollo de habilidades para la función; situación que no se cumple para el contratista Termec Ltda. Esta situación se evidencia considerando los registros de estudios de la interrogada:

*Interrogada: Karen Dayana Rueda Esteves*



Identificación: 1.015.440.383 de Bogotá  
Tecnóloga en Gestión Logística, Estudiante de ingeniería industrial 6to semestre

Manifestó la funcionaria que ella era la persona encargada de llevar a cabo el cumplimiento del objeto y las obligaciones derivadas del contrato bajo estudio; no obstante al indagar por la idoneidad de la funcionaria Karen Rueda en el interrogatorio, se conoce que sus estudios actuales son en calidad de "Tecnóloga en Gestión Logística" y que actualmente cursa sexto semestre de Ingeniería Industrial.

Frente a este antecedente, es pertinente comentar que la gestión logística; la cual de acuerdo con el SENA,, en la información general del programa de información titulada con código No. 822202 "Gestión Logística" señala:

"DESCRIPCIÓN: Gerenciar estratégicamente la adquisición, el movimiento, el almacenamiento de productos y el control de inventarios, así como el flujo de información asociado a través de los cuales la organización y su canal de distribución, se encauzan de modo tal que la rentabilidad presente y futura de la empresa es maximizada en términos de costos y efectividad."

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que la formación de la funcionaria Karen Rueda, no contaba con la competencia para llevar a satisfacción el cumplimiento del objeto contractual como le fue encomendado la interior de la firma Termec Ltda.

Esto va en contravía de lo estipulado en el documento de estudio previo, el cual hace parte de los documentos contractuales, donde se afirma que el coordinador de mantenimiento y/o el técnico de mantenimiento deben acreditar un perfil académico relacionado con la "mecánica, mantenimiento o refrigeración de aires acondicionados"

11.1.3 PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO.

CARGO	CANT	EXPERIENCIA GENERAL	EXPERIENCIA ESPECIFICA	PERFIL ACADEMICO
Cordinador de Mantenimiento	1	Experiencia técnica mínima de 3 años, que se acredita después de la fecha de grado.	Dos años o más como coordinador de mantenimientos preventivos o correctivos de sistemas o equipos de aire acondicionado que se acredita con las certificaciones de experiencia.	Técnico en áreas relacionadas con la mecánica, mantenimiernto o Refrigeración de Aires Acondicionados.
Técnico de mantenimiento	1	Experiencia técnica mínima de 2 años, que se acredita después de fecha de grado.	1 años de experiencia en mantenimientos preventivos y correctivos en Sistemas de Aire Acondicionado	Técnico en áreas relacionadas con la mecánica, mantenimiernto o Refrigeración de Aires Acondicionados.

b. Por otra parte, se ha manifestado por parte de Termec Ltda., a través de su representante legal y de la funcionaria interrogada que los equipos ya habían



cumplido su vida útil; hecho que en el interrogatorio se concluyó, que la afirmación se daba a partir de la inspección visual de los equipos.

Ahora bien, ni en los documentos aportados por Termec Ltda., ni en los documentos aportados por la funcionaria Karen Rueda, se encontró evidencia clara y escrita del estado de obsolescencia de los equipos. Es pertinente indagar que la obsolescencia de un equipo, no solo se puede determinar por una inspección visual sino que deben considerarse aspectos como la disponibilidad en el mercado de consecución de repuestos o que el equipo no cumpla con las funciones requeridas. Hecho que en los documentos aportados no se prueba, toda vez que, en los "reportes ultimo mantenimiento", se evidencia que todos los equipos quedaron operando a satisfacción con excepción al equipo 1 de la Bodega 2 cuyo daño en el enchufe eléctrico no permitió dicho uso; no obstante, no se hace referencia a la obsolescencia del equipo de aire acondicionado.

Ahora en términos de vida útil, esta condición sólo puede ser probada con los registros de uso y mantenimiento que de acuerdo con lo manifestado en el interrogatorio, no fue posible obtener por parte de Termec.

Este hecho muestra la falta de idoneidad y experiencia del contratista y su equipo de trabajo; lo cual, no le permitió a la firma contratista cumplir con la obligación establecida en el literal k previamente referenciada.

Como resulta lógico, al no contar con la idoneidad adecuada y al no reportar oportuna y adecuadamente los hechos que podrían alterar la calidad de los servicios prestados, las deficiencias se hicieron evidentes; no obstante, la firma Termec Ltda., no respondió por estas afectaciones, ni probó que hubiera gestionado algún tipo de actividad encaminada al cumplimiento de las obligaciones c y 14.

## 1.2 INTERROGANTE No. 2

Durante el plazo de ejecución del contrato, se evidenciaron autorizaciones de trabajo autorizadas por la supervisión de acuerdo con los documentos inicialmente incorporados al expediente a saber:

- Acta de recibo parcial de fecha junio 30 de 2020 en 4 páginas, donde se evidencian registros de mantenimiento preventivo y correctivo realizados.
- Acta de recibo parcial No. 2 de fecha septiembre 30 de 2020 en 3 páginas, donde se evidencian mantenimientos preventivos realizados.
- Acta de recibo parcial No. 3 de fecha diciembre 18 de 2020 en 12 páginas, donde se evidencia la autorización de la ejecución del estudio termográfico, el cambio de 30 mL de cable para suministro eléctrico No. 8 incluyendo el retiro del cable antiguo, sondeo y conexión de cable nuevo, prueba de funcionamiento y operación; así como mantenimientos preventivos a todos los aires de la sede Barrancabermeja.

Estas actividades se realizaron en desarrollo del objeto contratado.

De acuerdo con los documentos aportados por el contratista Termec Ltda., y los elementos incorporados al proceso, se puede concluir que no se realizaron trabajos por

parte del CONTRATISTA autorizados por la CORPORACIÓN, después de finalizado el periodo de ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-20, para poner en correcto funcionamiento los equipos de aire acondicionado de propiedad de esta en la ciudad de Barrancabermeja – Santander.

En conclusión, se puede determinar que los argumentos presentados por Termec Ltda., para catalogar los equipos de aire acondicionado como obsoletos o depreciados es insuficiente técnicamente; luego, endilgar a esta obsolescencia a las fallas en la calidad del servicio prestado por Termec Ltda. en su calidad de contratista no se encuentra procedente.

...”48

El 2 de febrero de 2022, se procedió a correr traslado a los convocados de la prueba por informe no. 2, a cargo de la supervisión del contrato, por el término de tres (3) días hábiles siguientes, para presentar sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste. Tanto el CONTRATISTA, como el apoderado de la compañía GARANTE no presentaron ninguna manifestación.

Por tanto, y teniendo en cuenta todo lo anterior, es claro que TERMEC como contratista, debió responder por la calidad de los trabajos realizados, objeto del contrato de prestación de servicios MC-008-2020, con la finalidad que dichas actividades cumplieran con los cometidos estatales señalados en los documento que dieron lugar al mismos (estudios previos) y así lograr satisfacer las necesidades de la Administración, finalidad primordial que se buscó con la contratación pública adelantada por CORMAGDALENA.

Así las cosas, la garantía de calidad de los bienes o servicios entregada por TERMEC a CORMAGDALENA, y contratada a su garante, precave los posibles perjuicios que sufrió CORMAGDALENA cuando se presentaron los vicios en el objeto contratado, los cuales no fue posible detectarlos al momento de la entrega de los trabajos, pero que si incidieron en el cumplimiento de los fines previstos.

Es por ello, que con base en lo establecido en todo el material probatorio recopilado a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, en especial en lo demostrado en las pruebas por informes rendidas por la supervisión del contrato, así como en la aclaración presentada a la prueba por informe No. 1, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica, que se presentó **POST CONTRACTUALMENTE LA OCURRENCIA DE UN PERJUICIO A LA ENTIDAD CONTRATANTE**, imputable al contratista **TERMEC LTDA**, con ocasión de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. MC-008-2020, dadas las **OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA**, (literales c, g y k del subnumeral 3.4.1., del numeral 3.4., denominado “OBLIGACIONES DE LAS PARTES” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía, así como los subnumerales 10, 11, y 14, a su vez del Subnumeral 3.4.2, denominado “OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía), como consecuencia que todos los informes y soportes aportados por el contratista TERMEC y sus funcionarios, en ningún momento hacen manifestación clara y expresa, de: i) informar al supervisor la ocurrencia de

48 Comunicación Interna No. 2022-100-0022 del 1/12/21. Págs. 1 a 7.



situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que pudiera afectar la ejecución del contrato, incluyendo las recomendaciones que procedan según el caso; ii) Solicitudes oportunas dirigidas al supervisor del contrato, para aprobar el cambio de partes para el correcto funcionamiento de los equipos; iii) Reparación de las actividades mal ejecutadas dentro del término señalado por CORMAGDALENA, y iv) La prestación oportuna de colaboración para la diligente ejecución del contrato, utilizando de manera eficaz su idoneidad y experiencia en el desarrollo del mismo, lo cual conllevó de manera postcontractual a que se presentara el mal funcionamiento de los aires acondicionados de la sede Barrancabermeja derivado de la deficiente calidad del servicio prestado por el contratista **TERMEC LTDA.**

#### **6.4.2. Imposibilidad de hacer efectivo el amparo de calidad por la inexistencia de cobertura:**

Sobre el particular, la apoderada del garante manifestó en sus Descargos iniciales lo siguiente:

*“...es completamente necesario que este siniestro al que estoy haciendo referencia se presente dentro de la vigencia del contrato de seguro, lo cual como ya se mencionó esta vigencia específicamente por el amparo de calidad del servicio culminó el 30 de junio del presente año, sin que se haya declarado la ocurrencia del siniestro alguno razón por la cual en este momento, no se podría pretender el cobro de algún tipo de obligación indemnizatoria con cargo a la póliza previamente citada....”<sup>49</sup>*

Sobre el particular, la apoderada del garante manifestó en sus alegatos finales lo siguiente:

*“(...) y verificando el anexo único vigente de la póliza número 36-44-101047202 expedido por la aseguradora correspondiente al anexo número cero se pudo evidenciar que los amparos otorgados con la misma corresponden a los siguientes frente a la calidad del servicio vigencia desde el 19/05/2020 hasta el 30/06/2021 por una suma asegurada actual de DOS MILLONES QUINIENTOS VEITE MIL PESOS (\$2,520,000) en la parte de aclaraciones se puede observar lo siguiente “este amparo inicia vigencia una vez se ha finalizado la ejecución del contrato y/o con la firma del acta de entrega a satisfacción del mismo” como se puede evidenciar en la carátula de la póliza y revisando nuestro sistema de expedición de pólizas encontramos que posterior al anexo cero no se realizaron modificaciones adicionales a la póliza es decir que luego de la emisión original de la misma no existen modificaciones adicionales en lo que respecta al amparo de calidad del servicio existe una anotación en relación con la vigencia la cual ya acuerdo con él aparte de la carátula del único anexo de la póliza expedido por esta aseguradora y que se indica en la imagen anterior iniciará una vez se ha finalizado la ejecución del contrato y/o con la firma del acta de entrega*

<sup>49</sup> Audiencia del 12 de agosto del 21. Descargos de compañía Garante. Pág. 14 y sigs., de la presente resolución.



satisfacción del mismo, la cual está relacionada con el asterisco que se registra en el acápite de amparos al frente de calidad del servicio. Por lo tanto se entiende que el amparo terminó vigencia el 30/06/2021 en este orden de ideas como puede observarse la administración no puede pretender hacer efectivo al amparo post contractual de calidad del servicio cuando no existió el acta de recibo a satisfacción del contrato con el lleno de los requisitos y condiciones lo que no permitió que dicho amparo iniciara vigencia encontrándose que los hechos que hoy reclama la entidad contratante no tengan cobertura al no haberse iniciado la vigencia del amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes...”

Teniendo en cuenta lo anterior, es de señalar que sobre el particular, el honorable Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

**“...Amén de lo anterior, cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento.** Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081<sup>50</sup> del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

**El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción. (factor subjetivo)** mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.<sup>51</sup> De otra parte ha señalado la doctrina que los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente, es decir, que dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años, lo cual no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia, a una u otra de las prescripciones anotadas<sup>52</sup> toda vez que

50 CODIGO CIVIL. Artículo 1081.- La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos (2) años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco (5) años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

51 Al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

52 LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro. Revista Fasecolda, No. 9.

aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo<sup>53</sup>.

A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2005, reiteró el criterio que de tiempo atrás había sostenido en relación con el término del cual disponía la Administración para declarar el siniestro acaecido en un contrato estatal, amparado por un contrato de seguro. En el siguiente sentido se pronunció<sup>54</sup>:

**“El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización.** Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos<sup>55</sup>:

«Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del Código Contencioso Administrativo.

**Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.**» <sup>56</sup>

**Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga**

53 OSSA, Efrén, Teoría del contrato de Seguro, Segunda Edición. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia, pág. 443.

54 CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840, M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade; sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de la Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; de la Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.

55 Cita original del texto, Sentencia de 11 de julio de 2002. C.P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo. Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)

56 Cita original del texto transcrito) Sentencia de 31 de octubre de 1994. C.P. Dr. Guillermo Chaín Lizcano. Exp.5759. (Actor: Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.)

**conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor:**

**De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como termino máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término: lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto...**<sup>57</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por tanto, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica, que el argumento presentado por la apoderada del Garante, no está conforme, tanto a lo señalado normativamente, como jurisprudencial y doctrinalmente. Razón por la cual, frente al argumento objeto del presente punto, esta Oficina Asesora Jurídica desestima el argumento invocado, relativo a la supuesta imposibilidad de hacer efectivo el amparo de calidad establecido en la póliza 36-44-101047202 de la Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., que garantiza el contrato de prestación de servicios MC-008 de 2020, por la inexistencia de cobertura, por las razones antes expuestas, toda vez que: i) el siniestro de calidad del servicio, tal y como fue expuesto en el numeral 6.4.1., (anterior) de la presente resolución, tuvo ocurrencia antes del 30 de junio del 2021, fecha hasta la cual iba el amparo de calidad del servicio de la póliza de seguros expedida por el Garante; ii) por regla general, la Administración Pública cuenta con un término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro (febrero de 2021), o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual establece los términos de prescripción en el contrato de seguros; iii) la apoderada del Garante en su argumento expuesto en sus alegatos finales, no tiene claro en la póliza de cumplimiento, el amparo de calidad del servicio del contrato, el cual tiene una vigencia desde el 19 de mayo de 2020, hasta el 30 de junio de 2021, con el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, el cual, tiene una vigencia de 2 años, 7 meses y 14 días, contados desde el acta de recibo a satisfacción.

57 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. No. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667).

C.P. Dra. Myriam Guerrero De Escobar.

Por tanto y teniendo en cuenta como se ha señalado desde el inicio del presente procedimiento administrativo, se reitera que el amparo que se pretende siniestrar, es amparo por calidad del servicio<sup>58</sup>, el cual tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2021, y dentro del cual, se presentaron los perjuicios imputables al contratista **TERMEC LTDA**, objeto del presente procedimiento administrativo, derivados de la deficiente calidad del servicio prestado, frente a las obligaciones del CONTRATISTA, (literales c, g y k del subnumeral 3.4.1., del numeral 3.4., denominado “OBLIGACIONES DE LAS PARTES” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía, así como los subnumerales 10, 11, y 14, a su vez del Subnumeral 3.4.2, denominado “OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA” de los estudios y documentos previos del proceso de mínima cuantía), contempladas en el contrato de prestación de servicios MC-008 de 2020.

#### **6.4.3. Perjuicios sufridos por parte de la entidad contratante:**

Sobre el particular, la apoderada del garante manifestó en sus Descargos iniciales lo siguiente:

*“...una indebida tasación de los perjuicios ocasionados por parte de la entidad contratante y en este sentido, consideramos nos encontramos frente a una vulneración al principio indemnizatorio del contrato de seguros y al artículo 1077 del código de Comercio.*

*(...)*

*se dispone el mencionado artículo que el asegurado tendrá la carga la obligación de demostrar ante la compañía de seguros la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en ese sentido y resumiendo un poco lo que ya mencioné como ya se dijo, el siniestro específicamente en estos casos corresponde a la ocurrencia del riesgo asegurado que sería el incumplimiento contractual y en consecuencia, se debe acreditar que efectivamente hubo un incumplimiento que tal incumplimiento es imputable al contratista y que de tal incumplimiento imputable al contratista que produjo algún tipo de pérdida o detrimento patrimonial a la entidad contratante.*

*(...)*

*no tienen ningún tipo de cobertura del reclamar supuestos perjuicios o un supuesto incumplimiento que se presentó por fuera de la vigencia del contrato de seguro y en ese sentido seguros del Estado SA debería ser desvinculado de la presente actuación dado que, no habría lugar al nacimiento de obligación indemnizatoria algunas y en segundo lugar, consideramos que pese a lo anterior, no se ha acreditado que en efecto esta ya se ha producido el incumplimiento a cargo de las obligaciones del contratista y que adicional*

---

58 Prueba No. 7A. “...1.7 AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO EL AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, QUE SE OCASIONEN CON POSTERIORIDAD A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO, Y QUE SE DERIVEN DE LA DEFICIENTE CALIDAD DEL SERVICIO PRESTADO. EN LOS CONTRATOS DE INTERVENTORIA, LA VIGENCIA DE ÉSTE AMPARO DEBE SER IGUAL AL PLAZO DE LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD DEL CONTRATO PRINCIPAL EN CUMPLIMIENTO DEL PARAGRAFO DEL ARTÍCULO 85 DE LA LEY 1474 DE 2011.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)



*a ello, se haya ocasionado algún tipo de perjuicio o detrimento patrimonial a la entidad lo cual implicaría que el hecho de posiblemente percibir una indemnización derivada del presente el procedimiento podría implicar a su vez un enriquecimiento sin justa causa, teniendo en cuenta que se estaría indemnizando o reparando perjuicios que no fueron padecidos ni acreditados por parte de la entidad contratante y eso sería todo por parte de la compañía muchísimas gracias...*<sup>59</sup>

La apoderada del garante también manifestó en sus alegatos finales lo siguiente:

*“...reitera como se expuso en los descargos dados en la imposibilidad de hacer efectivo el amparo de calidad del servicio por inexistencia de la cobertura frente a este tema del artículo 2.2.1.2.3.1.7 el decreto 1082 del 2015 ordinal 6 habla sobre la cobertura del amparo de calidad del servicio.  
(...)*

*que a partir del recibo del mismo es que se inicia la vigencia temporal de esta cobertura y se extiende por el plazo pactado en razón a que se considera un término razonable para que se manifiesten estas deficiencias de la calidad imputables al contratista en efecto la cobertura se funda la responsabilidad de quien ha encargado para la confección de un bien material o equipo el surgimiento de la responsabilidad del contratista en los términos antes señalados supone cómo se dispone la norma que el simple recibo a satisfacción realmente no redunde en la ausencia de responsabilidad del empresario pues sólo es reflejo del bien que sea recibido como exteriormente se ajusta al plan y a las reglas del arte...  
(...)*

*también es importante resaltar una indebida tasación de los perjuicios supuestamente ocasionados a la entidad el artículo 1077 el código del Comercio el cual contiene textualmente lo siguiente “artículo 1077 corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro así como la cuantía de la pérdida si fuera el caso el asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad” se resalta que en primer lugar corresponde al asegurado demostrar de forma clara y precisa el perjuicio y no de manera supuesta pues en todo contrato de seguro se debe acreditar y cuantificar los perjuicios dado el carácter indemnizatorio que ostenta el contrato asegurador pues sería completamente contrario a derecho que la entidad como beneficiaria a este seguro pretendiera sumas no constitutivas de perjuicio  
(...)*

*dicho perjuicio no puede ser supuesto sino que debe ser plenamente determinado y tasado toda vez que el perjuicio o daño que se alega por parte del ente público debe ser plenamente demostrado y debidamente motivado pues no puede darse lugar a un enriquecimiento sin justa causa del ente estatal...”*

---

<sup>59</sup> Ibidem.

Frente a lo señalado, en palabras del Honorable Consejo de Estado, si bien es cierto que:

*“...tratándose de actos administrativos a través de los cuales se pretende hacer efectiva una garantía contenida en una póliza de seguro, la entidad pública contratante, como ya se dijo, debe adelantar un procedimiento que garantice la participación de los interesados en la etapa previa de formación de la voluntad de la administración. El objeto del procedimiento, en estos casos, debe estar dirigido a establecer las condiciones que, según la ley comercial y el contrato de seguro, dan lugar a que surja en cabeza de la aseguradora la obligación de pagar el monto de la indemnización por la que se hubiere obligado a responder en caso de configuración del siniestro —lo que, como ya se dijo, entraña el análisis propio de la responsabilidad del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones—. **En otras palabras, lo que se debe determinar en el curso de tal procedimiento y, por tanto, respecto de lo que deben tener oportunidad de discutir los interesados, es sobre si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, dan lugar a que surja en cabeza de la aseguradora la obligación de pago de la respectiva indemnización, esto es, a voces del artículo 1077 del Código de Comercio, la ocurrencia del siniestro, acompañada de la determinación demostrada de la cuantía de la pérdida.**”<sup>60</sup>*

(...)

*Finalmente, la Sala precisa **que el artículo 1077 del Código de Comercio establece que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso**...”<sup>61</sup> (Negritas y subrayas fuera de texto).*

En el presente procedimiento administrativo, dichos elementos que tiene por carga el asegurado, en atención a la norma en comento (artículo 1077 del C. Co), se han demostrado. En efecto, respecto del primero, relativo a la ocurrencia del siniestro, se ha garantizado por esta Oficina Asesora jurídica, a lo largo del trámite, que tanto el contratista como la compañía de seguros, hayan ejercido los derechos de contradicción y legítima defensa, frente a los argumentos y pruebas que ha esgrimido esta Corporación frente al presunto siniestro de calidad del servicio, respecto del Contrato de Prestación de Servicio No. MC-008-2020, y que, como conclusión de este, se obtiene el análisis realizado en el presente acto administrativo.

<sup>60</sup> En el texto original citado, se señala a pie de página la siguiente nota explicativa: “...En el caso de la reclamación, este artículo debe leerse en conjunto con los artículos 1080 y 1053 del mismo código. El primero señala que “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad”, a su vez, el artículo 1053 expresa: “La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: (...)”

3) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”. (Énfasis agregado) ...”

<sup>61</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P Dr. José Roberto Sáchica Méndez. Rad. No. 250002326000201000660 01 (53.318).

En cuanto al segundo, relativo a la cuantía de la pérdida, es claro para esta Oficina Asesora jurídica, que los perjuicios sufridos por parte de la entidad contratante (CORMAGDALENA), desde el mismo momento en que se remitieron los oficios de citación Nos. CE- OAJ – 202103002244 y CE- OAJ –202103002243, ambos del 9 de julio de 2021, a los convocados al presente procedimiento administrativo, se procedió a adjuntar a las pruebas que soportan el presunto incumplimiento, el anexo denominado “13. *formato del 26 de marzo de 2021.*”, mediante el cual la Secretaría General en su calidad de supervisor del contrato, estableció la tasación de los perjuicios ocasionados por parte de la sociedad contratista (TERMEC), y en donde se señaló que los mismos ascendían a la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS, CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (\$2'394.134,82), tasación indexada a precios de 2021 por el IPC según los costos de intervención.

A continuación se procede a realizar la explicación detallada de los perjuicios que resultaron del daño efectivamente ocasionado al patrimonio de CORMAGDALENA (tabla 1 y tabla 2):

**TABLA No. 1: Cuantificación de perjuicios ocasionados a Cormagdalena con ocasión del incumplimiento contractual del contrato MC-008.2020**

ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	VR.UNITARIO	EJECUTADO 30/06/20	TIEMPOENTRE MTTO	EJECUTADO 3/12/20	TOTAL EJECUTADO	PROYECTADO SIGUIENTE	NOTIFICACIÓN DEFALLA	DIASBAJO FALLASDELAIRE	% AFECTADO	VALOR
SISTEMASDEAIREACONDICONADO-MANTENIMIENTOPREVENTIVO												
1.1	Mantenimiento preventivo de aire acondicionado central <u>15 TRPrimerpiso</u>	Un	\$ 350.000	1	156 días	1	\$ 700.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 143.590
1.2	Mantenimiento preventivo de aire acondicionado central <u>10 TRSegundopiso - ControllInterno- Navegacion</u>	Un	\$ 200.000	1	156 días	1	\$ 400.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 82.051
1.3	Mantenimiento preventivo de aire acondicionado central <u>7 TR TercerPiso - ProfesionalesSecretariaGeneral</u>	Un	\$ 150.000	1	156 días	1	\$ 300.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 61.538
1.4	Mantenimiento preventivo de aire acondicionado central <u>10 TRTercerPiso auditorio</u>	Un	\$ 190.000	1	156 días	1	\$ 380.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 77.949
1.5	Mantenimiento preventivo de aire acondicionado central <u>5 TR Tercerpiso Informatica</u>	Un	\$ 120.000	1	156 días	1	\$ 240.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 49.231
AIREACONDICIONADOTIPOFANCOLL												
2.1	Mantenimiento preventivo de aire acondicionado tipo FAN COIL <u>3TR Segundo Piso sala de juntas</u>	Un	\$ 200.000	1		0	\$ 200.000	5/05/21	2/03/21	64 días		\$ -
2.2	Mantenimiento preventivo de aire acondicionado tipo FAN COIL <u>3TR SegundoPiso SecretariaGeneral</u>	Un	\$ 200.000	1	156 días	1	\$ 400.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 82.051
AIREACONDICIONADO- EQUIPOS MINISPLIT												
3.1	Mantenimiento preventivo de aire Acondicionado Mini Split 9000 BTU <u>PrimerPiso- CuartoElectrico</u>	Un	\$ 160.000	1	156 días	1	\$ 320.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 65.641
3.2	Mantenimiento preventivo de aire Acondicionado Mini Split 18000 BTU <u>PrimerPiso- Centrode Computo</u>	Un	\$ 160.000	1	156 días	1	\$ 320.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 65.641
3.3	Mantenimiento preventivo de aire Acondicionado Mini Split 24000 BTU <u>Segundo Piso - Oficina DirectorEjecutivo</u>	Un	\$ 160.000	1	156 días	1	\$ 320.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 65.641
3.4	Mantenimiento preventivo de aire Acondicionado <u>MiniSplit 24000BTUBodega2/ Equipo1)</u>	Un	\$ 160.000	1	156 días	1	\$ 320.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 65.641
3.5	Mantenimiento preventivo de aire Acondicionado <u>MiniSplit 24000BTUBodega2/ Equipo2)</u>	Un	\$ 160.000	1	156 días	1	\$ 320.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 65.641
3.6	Mantenimiento preventivo de aire Acondicionado Mini Split 18000 BTU <u>Oficinas InspecciónFluvial- (Equipo1)</u>	Un	\$ 160.000	1	156 días	1	\$ 320.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 65.641
3.7	Mantenimiento preventivo de aire Acondicionado <u>MiniSplit 18000BTUOficinas InspecciónFluvial- (Equipo2)</u>	Un	\$ 160.000	1	156 días	1	\$ 320.000	5/05/21	2/03/21	64 días	41%	\$ 65.641
						SUBTOTAL	\$ 4.860.000				SUBTOTAL	\$ 955.897
						IVA(19%)	\$ 923.400				IVA(19%)	\$ 181.621
						TOTAL	\$ 5.783.400				TOTAL	\$ 1.137.518

Fuente: CORMAGDALENA. Secretaria General.

**Oficina Principal**  
Barrancabermeja  
Carrera 1 No. 52 - 10  
Sector Muelle  
PBX: (7) 6214422  
FAX: (7) 6214507

**Oficina Gestión y Enlace - Bogotá**  
Calle 93B No. 17 - 25  
Oficina 504  
PBX: (1) 6369093  
FAX: (1) 6369052

**Oficina Seccional Barranquilla**  
Vía 40 No. 73 - 290  
Oficina 802  
PBX: (5) 3565914



**El futuro es de todos**  
**Gobierno de Colombia**



**TABLA No. 2: Perjuicios por pérdida en procesos de trabajo de Cormagdalena y Resumen de afectaciones (Tabla No. 1 y Tabla No. 2) incumplimiento contractual del contrato MC-008.2020**

Fuente. CORMAGDALENA. Secretaria General.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado hasta el momento en este punto, y frente al argumento presentado por la apoderada del Garante, esta jefe de la Oficina Asesora Jurídica no acoge el argumento invocado, relativo a una indebida tasación de los perjuicios ocasionados por parte de la entidad contratante, toda vez que los mismos están debidamente tasados, y derivan del incumplimiento imputable al contratista, los cuales además se encuentran demostrados, y reitera los mismos en la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS, CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (\$2'394.134,82).

**6.4.4. Solicitud del representante legal del contratista para investigación por parte de control interno, respecto de contratista que prestó apoyo a la supervisión del contrato MC-008-2020:**

Sobre el particular, el representante legal del contratista manifestó en sus Descargos iniciales lo siguiente:

*“percibí todo el tiempo del que el contrato inicio, inició con una falencia fuertísima por parte de la entidad al no tener realmente un interlocutor válido o ningún profesional con la competencia requerida para ello; segundo, se inició un proceso de contratación sin la debida planeación y por eso tienen el equipo y todos los equipos que tienen ahí en la forma en que los tienen.  
(...)”*

*se copie control interno e inicie una copia una solicitud formal e investigación ante esta funcionaria para que investiguen, para que en contra de ella se abra un proceso disciplinario de investigación porque actuó en la forma en que actuó durante la ejecución del contrato y porque una entidad nombra a una persona que no tiene la competencia adecuada y necesaria además, las competencias necesarias para llevar a cabo un contrato estrictamente electromecánico, esa funcionaria yo la investigue ella no tiene ninguna*

*formación electromecánica en aire acondicionado por lo cual, la entidad cometió un error gravísimo a nombrar un funcionario del frente de un contrato que no tenía las competencias necesarias y requeridas, gracias”<sup>62</sup>*

En atención a la solicitud realizada a esta Oficina Asesora Jurídica, por parte del representante legal del Contratista, y al carecer la misma de las atribuciones legales, para resolver de fondo la petición realizada, procede de oficio a remitir copia de lo señalado por el contratista, así como de todo el expediente probatorio del presente procedimiento administrativo a la oficina de Control Interno, para aquello de su competencia, una vez se haya cerrado el presente procedimiento administrativo.

En mérito de lo expuesto,

### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** la ocurrencia el siniestro de CALIDAD DEL SERVICIO respecto del Contrato de Prestación de Servicio No. MC-008-2020, y, como consecuencia, **AFECTAR** el amparo de CALIDAD DEL SERVICIO de la póliza de Cumplimiento Entidad Estatal No. 36-44-101047202 expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con el NIT 860.009.578-6**, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR** el pago de los perjuicios ocasionados por parte de la entidad contratista **TERMEC LTDA. identificada con el Nit. 800.149.403-8**, a la sociedad **SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con el NIT 860.009.578-6**, por la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS, CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (\$2'394.134,82), de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución, en la cuenta que para tal efecto señale el Área de Tesorería de CORMAGDALENA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución.

**ARTÍCULO TERCERO: CÓRRASE TRASLADO** a la **OFICINA DE CONTROL INTERNO** de CORMAGDALENA, de lo señalado por el contratista en sus descargos iniciales, respecto del contratista que prestó apoyo a la supervisión del contrato MC-008-2020, así como de todo el expediente probatorio del presente procedimiento administrativo, para aquello de su competencia, una vez se haya agotado el término de ejecutoria de la presente resolución.

**ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR** personalmente al representante legal y/o apoderado de la **TERMEC LTDA. Nit. 800.149.403-8** y al representante legal y/o

<sup>62</sup> Audiencia del 12 de agosto del 2021. Descargos iniciales del representante legal de contratista, señor HENRY ALBERTO VILLAREAL CAÑIZALES. Págs. 12 y sig., de la presente resolución.

apoderado de **SEGUROS DEL ESTADO S.A., NIT 860.009.578-6** o a quienes hagan sus veces.

**ARTÍCULO QUINTO: REMITIR** copia ejecutoriada de la presente resolución a la Secretaría General para que inicie el cobro y los trámites a que haya lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Resolución 000311 de 8 de octubre de 2019 expedida por Cormagdalena.

**ARTÍCULO SEXTO:** Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** La presente Resolución rige a partir de su expedición.

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



Dada en Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de julio de 2022.



DEISY GALVIS QUINTERO  
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Firmado  
digitalmente por  
DEISY GALVIS  
QUINTERO

**DEISY GALVIS QUINTERO**  
**Jefe de la Oficina Asesora Jurídica**

Revisó: Sonia Guerrero – Abogada OAJ.   
Proyectó: Cristhian Urrego – Abogado OAJ.   
Aprobó: OMAA-Abogados Externos OAJ. 