

Medellín, 5 de octubre de 2023

Señores

UAE- DIAN

Bogotá

Asunto: ALEGATOS CONCLUSIVOS audiencia pública art. 86 de la ley 1474 de 2011

Referencia. Posible incumplimiento de contrato NRO. 80276 que da lugar a orden de compra OC-80276 colocada por LA DIAN a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8

Contratante: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, en adelante UAE-DIAN.

Contratista: ASEAR SA E.S.P NIT 811044253-8

Sebastián Felipe Sánchez Zapata, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 1017156331, abogado en ejercicio con tarjeta profesional 205.594 del C.S. de la J., inscrito en el registro nacional de abogados con correo electrónico sebastian@visorabogados.com, de conformidad con el poder a mi conferido por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, de manera respetuosa, después de analizar las circunstancias de hecho que motivaron el presente trámite sancionatorio, al igual que las disposiciones vulneradas, debido al presunto incumplimiento del contrato citado, nos permitimos exponer los siguientes **ALEGATOS CONCLUSIVOS / RECURSO REPOSICIÓN** dentro de la audiencia pública en la cual fue citada mi representada como garante del contrato NRO. 80276 “contratar el servicio integral de aseo y cafetería a nivel nacional, mediante la modalidad de órdenes de compra a través de Colombia compra eficiente, al amparo dl acuerdo marco de precios CCE-972-AMP-2019, para todas las dependencias e inmuebles de la entidad, Bogotá DC-impuestos” suscrito entre UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, en adelante UAE-DIAN y ASEAR SA E.S.P NIT 811044253-8, identificado con número la orden de compra OC-80276 colocada por LA DIAN a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8, afianzado mediante póliza de cumplimiento 3210277/5

FRENTE A LOS PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
--

Por expreso mandato constitucional y legal, todo proceso sancionatorio debe garantizar los derechos de defensa y contradicción y el debido proceso del contratista y de su garante. Ello implica que, si se inicia un proceso sancionatorio

por el incumplimiento de una obligación específica, sustentado en unos hechos y en unas pruebas, no se puede luego determinar la responsabilidad del contratista por supuestos diferentes de los consignados en el documento de citación a la audiencia. Observado el expediente, encontramos un traslado de un informe de supervisión elaborado con posterioridad a la fecha de presentación de los descargos, solicitudes de pruebas y decreto de las mismas, por el cual se elevó incidente de nulidad por la entidad contratista y por mi mandante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, al entender que **el ENVIO DE UN INFORME DE SUPERVISIÓN luego de haberse surtido los descargos y haberse remitido por correo electrónico los alegatos conclusivos por las partes e intervinientes, supera la oportunidad otorgada por ley para el decreto y práctica de pruebas dentro del expediente; así las cosas, el informe de supervisión y sus anexos remitidos por parte de la administración con posterioridad a la presentación de alegatos por las partes, atenta contra el debido proceso y el ejercicio del debido proceso.**

Y es que, la citación que convoca el inicio del proceso administrativo constituye el pliego de cargos y, como tal, fija el marco de la actuación administrativa y establece unos derroteros para el ejercicio del poder sancionatorio en cabeza de la administración, tla y como lo prescribe el artículo 86 de la ley 1474.

Como parte de ese debido proceso, la definición de un incumplimiento deberá responder a **la valoración de las pruebas que se aporten, así como a los principios generales que rigen la contratación pública, y no solo soportarse en los informes del interventor o supervisor del contrato.**

Desde luego, el estudio que realice la entidad sobre el actuar del contratista debe verificar las circunstancias que rodearon la conducta de este, de manera que no se limite a una valoración objetiva del cumplimiento o no de una obligación, sino que tengan en consideración los supuestos fácticos o de otro orden que podrían haber incidido en la ejecución de las prestaciones. Es decir, garantizar que no se esté frente a la proscrita responsabilidad objetiva.

La garantía de esos presupuestos es lo que le permitirá a la entidad realizar una valoración de la actuación del contratista, contrastándola con las exigencias contractuales y legales, los principios de transparencia, economía y responsabilidad y así determinar o no la procedencia de una multa o una declaratoria de incumplimiento, haciendo efectiva la cláusula penal pactada.

Finalmente, la sanción debe responder a los principios de proporcionalidad, equidad y razonabilidad y propiciar que se observen aquellos de la función pública. Por ende, declarar un incumplimiento, por una falta menor y sin trascendencia en el contrato, desconoce la finalidad de la declaratoria de incumplimiento que demanda una afectación grave del contrato.

Por lo anterior, visto lo expuesto en la diligencia pública de descargos, donde se escuchó a la entidad contratista y al garante, así como los elementos probatorios del expediente y lo expuesto en los presentes alegatos, se encuentra acreditado el cumplimiento de la entidad CONTRASTISTA.

Nótese que en el informe de supervisión #8 se deja claro que el 8 de marzo se CUMPLIÓ con los insumos de acuerdo con el pedido inicial dio cumplimiento en un 100%

-Elementos y Maquinaria; El día 8 de marzo cumplió 100% la entrega total de los 2684 elementos y maquinaria contratados en alquiler

Nótese que en el informe de supervisión #7 se cumplió con el Personal Contratado:

-Se completó la totalidad del personal (65) el día 23 de febrero de 2022, habiendo dado cumplimiento a un 100%

Igualmente, en el certificado de bienes y servicios del 12 de abril de 2022 por parte de la división administrativa y financiera se indicó:

Se recibió a satisfacción en el mes de marzo de 2022 el servicio integral de aseo y cafetería (con el personal asignado, insumos entregados y maquinaria asignada) prestado por la empresa ASEAR SA ESP. Por lo anterior autorizamos el pago de la Factura ASEA-4562 y también descuento de la Nota crédito NC.2-592 por valor de \$3,091,098.40 que corresponde a mayor valor cancelado en la Factura ASEA- 4268 por no descontar incapacidades y permisos del personal de Aseo y cafetería.

Igualmente, en el certificado de bienes y servicios del 31 de marzo de 2022 por parte de la división administrativa y financiera se indicó:

Al 28 de febrero a la orden de compra 80276, no ha dado cumplimiento en su totalidad sino aproximadamente en un 90% así; (100% del Personal), 71% entrega de insumos y 99% en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria solicitados) Dotación Operario de Mantenimiento; No hicieron entrega el Kit de Mantenimiento para poder desempeñar las funciones.

Nótese que en los informes de supervisión se indica que existe cumplimiento de aportes parafiscales a cargo del contratista.

Nótese que en el testimonio de TATIANA ANDREA BERNAL SALAS se acreditó por su dicho que “la afiliación se hace ante la EPS y ellos demoran más o menos 5 días en dar respuesta si aceptan o no a la persona y posterior a esto cada EPS es independiente de actualizar sus plataformas y estuvimos averiguando y algunas demoran un mes otros meses para poder visualizar que ASEAR era el aportante. También hay que tener en cuenta que el pago de la seguridad social se hace mes vencido, entonces es imposible que en la certificación aparezca ASEAR como aportante”.

Adicionalmente, indicó que “la entidad tenía conocimiento de los problemas, telefónicamente se habló y se envió por correo electrónico” sobre los inconvenientes de la PANDEMIA. Y frente a los ausentismos indicó “que se reclutó operarios de otras órdenes de compra en Bogotá, revisaron información que cumpliera con las exigencias y empezaron a hacer los traslados”.

Lo anterior tiene respaldo probatorio en el escrito de descargos presentados en el cual la entidad contratista ASUME cumplir con el objeto del contrato, por lo que **se supera el HECHO que da lugar a la actuación.**

Por su parte, frente a la entidad garante del contrato, regida por la póliza de garantía única número 3210277-5 debe señalarse que no se acreditó la cuantía de la pérdida, en términos del 1077 del Código de Comercio, tal y como se establece además en la póliza y sus condiciones generales y particulares.

Y que, según las condiciones generales de la póliza, se estableció LA COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR DEL CONTRATISTA GARANTIZADO, esto es, que el evento de declararse probado el incumplimiento de la contratista, y de llegarse a afectar la póliza, deberá tenerse en cuenta, las sumas que la entidad contratante, le adeude al contratista, y en caso tal, disminuir la indemnización del seguro en el monto de dichas acreencias, con fundamento en los artículos 1714 del Código Civil; reiterando que al respecto deberá declararse probado lo manifestado por la entidad CONTRATISTA.

Finalmente, de llegar a probarse el incumplimiento de la contratista NO deberá darse aplicación a la multa porque se encuentra acreditado el CUMPLIMIENTO; y, si considera hacer efectiva, no la imposición de la multa sino hipotéticamente la cláusula penal pecuniaria, la dosimetría de la sanción de la cláusula penal deberá ser proporcional al incumplimiento del contrato, es decir, se deberá tener en cuentas las obligaciones que el contratista ejecutó y tasar proporcionalmente. ART 1596 Código civil y Consejo de Estado en sección tercera sentencia 6 de diciembre de 2013 (CP DANILO ROJAS BETANCOURTH) expediente 27593.

Igualmente, en Concejo de Estado (CP JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA expediente 53877, del 26 de noviembre de 2015) ha señalado en torno a la proporcionalidad que: “compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

Todo lo anterior, se traduce entonces en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear necesariamente, el deber jurídico de la motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista”.

FRENTE A LAS PRUEBAS DEL EXPEDIENTE
--

Se indican dentro del escrito o pliego de citación

5. PRUEBAS DEL POSIBLE INCUMPLIMIENTO:

El Supervisor presenta como pruebas del Presunto Incumplimiento del del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019 - Orden de Compra 80276 las siguientes:

Anexo 1	Acta de Inicio	2 páginas
Anexo 2	Correo electrónico del 30-11-2021 mediante el cual la supervisión solicita al contratista la relación de personal y documentos para iniciar la ejecución del contrato el 01-12-2021	2 páginas
Anexo 3	Oficio 1-32-000-201-01 del 07-01-2022 mediante el cual se presentó Informe de Supervisión de la OC-80276, solicitando al contratista evidencias del cumplimiento de las obligaciones reportadas como presuntamente incumplidas.	8 páginas
Anexo 4	Correo electrónico del 26-01-2022 mediante el cual la supervisión solicita al contratista el cumplimiento de los servicios pactados.	5 páginas
Anexo 5	Correo electrónico del 16-02-2022 mediante el cual la supervisión solicita al contratista el cumplimiento de los servicios pactados.	3 páginas
Anexo 6	Correo electrónico del 17-02-2022 mediante el cual la supervisión solicita al contratista el cumplimiento de los servicios pactados.	5 páginas

Se remitieron luego de la primera sesión los Informes de Supervisión de diciembre de 2021, enero de 2022, febrero de 2022, y marzo de 2022 y las certificaciones de cumplimiento de los meses de diciembre de 2021, enero de 2022, febrero de 2022, y marzo de 2022.

Se recibió testimonio de TATIANA BERNAL SALAS.

Nótese que no se dejan relacionadas otros elementos de prueba para acreditar el PRESUNTO incumplimiento de las disposiciones arriba mencionadas NI PARA ACREDITAR CUANTIA U OCURRENCIA DEL SINIESTRO.

El decreto de la prueba documental y testimonial ordenada por la autoridad administrativa DIAN no pueden desconocer el principio de congruencia y la garantía del ejercicio de defensa desde la sesión del 26 de junio de 2023; el envío del informe de supervisión no puede constituirse como prueba, al haberse precluido la oportunidad y vulnerar la defensa del debido del proceso, al intentar edificar un “*pliego dinámico*” del cual las partes deberían tener oportunidad de conocer desde el momento mismo del traslado del pliego citatorio y no con posterioridad, máxime cuando en el expediente ya fueron escuchadas las partes con sus descargos y sus solicitudes de elementos de prueba, así como sus alegatos. Téngase en cuenta que las partes ya ejercieron sus descargos, expusieron sus circunstancias de defensa y solicitaron pruebas conforme al pliego citatorio allegado.

FRENTE A LA CITACIÓN DEL GARANTE SURAMERICANA

Debe manifestarse que la GARANTÍA (ÚNICA) de cumplimiento a favor de entidades estatales 3210277-5 cuyo tomador y afianzado es ASEAR S.A. E.S.P., consagra dentro de su amparo de cumplimiento un valor asegurado que asciende a (\$227.226.564,00) que, según las condiciones generales, particulares, económicas del contrato que se aportan, es el límite máximo de indemnización a cargo de la garante bajo tal cobertura.

Igualmente, que existen **exclusiones pactadas** en el condicionado consistentes en causa extraña, esto es, fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima y que la entidad garante no puede responder por obligaciones indemnizatorias que no se encuentren previamente estipuladas, o por fuera de los amparos cobertura.

Así las cosas, si bien la entidad estatal tiene la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, **no por ello se le exime de demostrar el INCUMPLIMIENTO**, en la medida en que no opera presunción alguna que desplace el deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual.

Igualmente, debe señalarse que para ser efectiva la garantía, la entidad estatal **deberá acreditar la ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida** de conformidad con el artículo 1077 del CCo. Frente a este punto, en el hipotético caso de considerarse acreditado el incumplimiento, la imposición de multas y CLAUSULA penal no son concurrentes.

En cualquier caso, para determinar el monto del perjuicio a reclamar por la entidad ESTATAL **se deberá deducir del mismo cualquier suma (COMPENSACIÓN)** que a esta le adeude el contratista garantizado. **(PARA LO CUAL SE SOLICITA COMO PRUEBA CERTIFICACIÓN DE LA RELACIÓN DE SALDOS ADEUDADOS AL CONTRATISTA).**

Si bien la UAE- DIAN pretende hacer efectiva la cláusula penal por “el posible incumplimiento de Orden de Compra 80276” de conformidad con la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, por la sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, señala como tope mensual, **el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir \$14.201.660, suma que difiere con lo liquidado por valor de “27.347.330”.**

	presunto incumplimiento 1	presunto incumplimiento 2	presunto incumplimiento 3	Total	Límite octava parte de la cláusula penal
diciembre	\$13.123.123	\$4.419.077	\$0	\$17.542.200	\$14.201.660
enero	\$8.730.529	\$2.657.085	\$65.546	\$11.453.160	\$11.453.160
febrero	\$74.077	\$1.357.471	\$180.145	\$1.611.693	\$1.611.693
marzo	\$17.285	\$63.532	\$0	\$80.817	\$80.817
					\$27.347.330

En consideración a lo anterior, NO SE ENCUENTRA ACREDITADO OCURRENCIA NI CUANTÍA en los términos del artículo 1077 CCO.

Igualmente, tener presente la BUENA FE de las actuaciones del contratista, PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD del contrato y la facultad subrogatoria de conformidad con el artículo 1096 cco.

EXCEPCIÓN FRENTE AL CONTRATO DE SEGUROS

Frente a la póliza de garantía única número 3210277-5

- **FALTA DE DEMOSTRACIÓN DEL SINIESTRO Y CUANTÍA.** No existe prueba de la ocurrencia del siniestro ni cuantía de la pérdida, en términos

del 1077 del Código de Comercio, tal y como se establece en la póliza y sus condiciones generales y particulares.

- **COBERTURA DE LA PÓLIZA.** Según lo señalado en las condiciones generales de la citada póliza, en la sección COBERTURAS, se establece:

“3. Cumplimiento del contrato. Cubre a la entidad estatal de los perjuicios derivados de: El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista-garantizado. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista-garantizado. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.”

El amparo, eventualmente, para afectarse sería el de CUMPLIMIENTO del contrato.

SUBROGACIÓN. En virtud del pago de la indemnización SURA se subroga, hasta concurrencia de su importe, en todos los derechos del asegurado contra el contratista-garantizado.

FRENTE A LO ACREDITADO

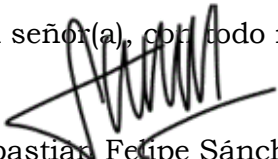
Quedó acreditado por las pruebas aportadas por la CONTRATISTA que cumplió con sus obligaciones contractuales.

PETICIÓN

De manera respetuosa y comedida, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2001 y el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, teniendo en cuenta las consideraciones sobre la prueba allegada, y no haberse cumplido con la carga de acreditar el incumplimiento por parte de la entidad contratista, solicitamos **DECRETAR** el cumplimiento del contrato y **DECLARAR PROBADAS** las excepciones propuestas frente al contrato y la garantía de cumplimiento.

De carácter subsidiario, de llegarse eventualmente a declarar el incumplimiento de la contratista afianzada y de aplicarse alguna sanción a ésta, haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria **REPONER LA DECISIÓN** que en dicho sentido se tome y **ADECUAR LA SANCIÓN DE MANERA PROPORCIONAL AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CITADO**, es decir, se deberán tener en cuenta las obligaciones que el contratista SÍ EJECUTÓ Y SI CUMPLIÓ y bajo ese parámetro **REPONER** la tasación de manera proporcional a dicho cumplimiento contractual, indicando el límite del valor asegurado de la garantía expuesta.

Del señor(a), con todo respeto.


Sebastian Felipe Sánchez Zapata.

Abogado.