



Medellín, 05 de octubre de 2023

Señores

CAMILO OCTAVIO CONTRERAS BRAVO
SUBDIRECTOR DE COMPRAS Y CONTRATOS UAE-
DIAN Bogotá

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 8110442538

Asunto: **Alegatos de Conclusión**

La suscrita **MARIA ANTONIA LLANO ZAPATA** identificada con Cedula de Ciudadanía N.º **1.214.745.103**, actuando en mi calidad de apoderada de la sociedad **ASEAR SA ESP.** con Nit **811044253-8**, procedo a presentar los alegatos de conclusión después de practicadas y aportadas las pruebas pertinentes y de tener claridad sobre el pliego de cargos.

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

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Frente a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, en relación con la graduación de las sanciones en los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, cabe destacar el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 –en adelante, también, CPACA–, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, deriva en la inaplicación de dichos criterios en estos procedimientos contractuales, porque se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Lo que, a su vez, se sustenta en el párrafo del artículo 47 del CPACA que establece, en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio general, que: «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». De modo que, en relación con este aspecto concreto, al existir regulación especial en otras leyes, se deben aplicar dichos criterios de proporcionalidad.

En efecto, en el procedimiento sancionatorio contractual las entidades estatales deben actuar de acuerdo con el **principio de proporcionalidad para «graduar las sanciones»**. En tal sentido, primero se deben atender las circunstancias de cada caso en particular y revisar cuidadosamente la forma como se pactaron las penalidades asociadas al incumplimiento en el contrato. Sin perjuicio de lo anterior, también se deben tener en cuenta las normas de derecho privado a las que remite la Ley 80 de 1993 –art. 32, 40 y 13, particularmente– y que complementan dicho estatuto contractual; de manera que, en relación con **el principio de proporcionalidad y la graduación de las sanciones**, resulta especialmente relevante destacar los **artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio**, los cuales



contienen los parámetros para tasar el monto de las *penas* a imponer pactadas en el contrato; disposiciones que deben ser observadas por las entidades estatales en los procedimientos sancionatorios, so pena de que, en caso de demandarse su nulidad, el juez declare la nulidad parcial de los actos administrativos que aplican dichas cláusulas contractuales

El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por “cualquier otra razón debidamente sustentada”.

En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la **resolución motivada** por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria. **(...) dado que la resolución motivada en comento debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios respetan el debido proceso.”51 (Subrayas y negrillas de la Sala)**

De esta manera se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor. (...) **Y es que, si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad civil.** (...) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor. Sin embargo, tal como fue explicado y probado a lo largo del procedimiento los retrasos de ASEAR SA ESP son atribuibles a hechos de terceros y fuerza mayor por la situación post pandemia.

Los supuestos del procedimiento administrativo, incluidos en los actos demandados, basados en los informes de supervisión no sugerían el incumplimiento absoluto de las obligaciones contractuales a cargo del contratista sino el quebranto parcial de los deberes plasmados en el negocio jurídico. También deben analizarse otros presupuestos que garanticen la configuración de la responsabilidad objetiva.

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”.

Aportadas y practicadas todas las pruebas que reposan en el expediente y según lo narrado a lo largo de toda la diligencia, puede evidenciarse que como contratista cumplimos con todas las obligaciones contractuales requeridas. Así, el informe de supervisión #8 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. 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.”* Como se evidencia en los informes de supervisión siempre se cumplió con los aportes parafiscales y el pago de salarios. Adicionalmente fue escuchada la señora Tatiana Elizabeth Bernal Salas y con su testimonio quedó acreditado que como contratista siempre nos allanamos a cumplir las obligaciones pactadas, poniendo de presente las múltiples situaciones ajenas a nuestra voluntad que se presentaron como lo fue: la situación pos- pandemia, dilaciones por parte de la señora Lucila Alonso quien hace parte de la entidad compradora y exigencias adicionales a las establecidas en el acuerdo marco como lo era que en las planillas de seguridad social necesariamente se relacionara como centro de trabajo la orden de compra 80276.

Frente al presunto incumplimiento No 1, como bien se indica en la citación a audiencia *“el día 8 de marzo de 2021. el contratista cumplió el 100%”* con lo que queda demostrado que a pesar de que existieron retrasos en el cumplimiento total de la obligación si se llegó al mismo constituyéndose un cumplimiento tardío mas no incumplimiento total de la obligación, en las respuestas brindadas a cada uno de los requerimientos realizados a **ASEAR S.A E.S.P** se ponía de presente la situación actual con los proveedores quienes no cumplían con los tiempos de entrega establecidos para la maquinaria, también debe valorarse el hecho de que desde el primer día de ejecución se cumplió al 100% con la entrega de insumos.

Frente al presunto incumplimiento No 2 y como puede evidenciarse en los informes de supervisión **ASEAR S.A E.S.P** cumplió desde el inicio del contrato con más del 50% de personal quienes además cumplían con los perfiles establecidos por Colombia Compra Eficiente, sin embargo, desde la supervisión del contrato varias veces devolvieron personal según ellos por no encontrarse afiliados al sistema de seguridad social, lo cual fue debidamente desvirtuado con las planillas de seguridad social aportadas donde constan los aportes hechos por lo cual la no autorización del ingreso de nuestros operarios fue injustificada y se constituye adicionalmente en una responsabilidad compartida frente al presunto incumplimiento denunciado ya que **ASEAR S.A E.S.P** cumplió con la contratación de personal correspondiente, sin embargo, desde la Entidad compradora no se nos permitió dar un cumplimiento a la misma tal como consta en los correos aportados por **ASEAR S.A E.S.P** y que reposan en el expediente y según lo relatado por la supervisora Tatiana Andrea Bernal.

Frente al presunto incumplimiento No3, el proceso normal de selección en cualquier compañía se desarrolla a lo largo de varios días, en lo que se agotan instancias como entrevistas, revisión de hoja de vida y antecedentes y realización de exámenes médicos, teniendo en cuenta que a **ASEAR S.A E.S.P** le fueron adjudicados varios contratos en el mes de diciembre de 2020 todavía no tenía un grupo de supernumerarios listo para cubrir dichas contingencias, por lo que se optó por trasladar personal de un contrato a otro, sin embargo no se permitía el ingreso de dichas personas porque en su seguridad



social no aparecía como centro de trabajo la Dian **OC 80276** a pesar de que ASEAR SA ESP aparecía como aportante, este requisito que no está plasmado al interior del acuerdo marco tampoco fue fijado entre las partes al comenzar la ejecución de la orden de compra. Pese a lo anterior **ASEAR S.A E.S.P** puso todos sus esfuerzos en contratar un grupo de supernumerarios exclusivos para la **DIAN OC 80276** demostrando así nuestra voluntad de subsanar cualquier contratiempo presentado, cabe resaltar que las ausencias que no alcanzaron a ser cubiertas no fueron facturadas en ningún momento. Finalmente, es claro que **ASEAR SA ESP** en ningún momento cobro o facturo insumos, maquinaria o personal que no fuera suministrado por lo cual no puede predicarse que la entidad *“se encontraba pagando por un servicio y unos bienes que no recibió en las fechas pactadas”* Ahora bien, la no formalización de los acuerdos celebrados entre la entidad y **ASEAR SA ESP** como proveedor no son atribuibles enteramente a nosotros como contratistas ya que en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas dada la aceptación de las partes sobre estas nuevas fechas para el cumplimiento puede entenderse como suficiente para extender el plazo de cumplimiento respecto a ciertas obligaciones.

No Es de recibo para nosotros lo indicado por la entidad en sus descargos escritos cuando afirma *“De otra parte, la DIAN, nunca conto con el personal alterno para cumplir las vacantes”* pues como se evidenciará en correos adjuntos ASEAR SA ESP si destino un grupo de supernumerarios exclusivamente para cubrir el ausentismo de la orden de compra 80276.

Ahora bien, frente a *“las afectaciones en la calidad y oportunidad en la prestación del servicio y los efectos que esto conllevo en cuanto a al aseo de las locaciones y a la atención a los usuarios y servidores públicos, no significa que acepte que no existió un incumplimiento al contrato.”* No existe evidencia en el expediente como material fotográfico, quejas sobre actividades puntuales que no se realizaron o alguna evidencia más que lo narrado en los descargos rendidos por parte de la entidad que den fe de dicha situación lo cual no es óptimo para calificar dichas afectaciones ya que la misma entidad denunciante es quien sanciona y requerimos en virtud del debido proceso que exista algún respaldo adicional a lo afirmado.

Por otra parte es sumamente grave lo que la entidad estatal está haciendo, al omitir todas las planillas de seguridad social aportadas del personal que prestó sus servicios en vigencia de la ejecución de la orden de compra 80276 omitiendo lo que alguien con un actuar diligente, juicioso y respetuoso del principio de legalidad y debido proceso haría, que sería verificar las planillas entregadas como material probatorio esencial para desestimar la afirmación de que *“Incumplimos con los aportes parafiscales que son una obligación laboral frente a nuestros colaboradores”* Si bien es cierto que como entidad contratante tenían el derecho de verificar las respectivas afiliaciones no lo hicieron de manera adecuada y negaron el ingreso de varios operarios arbitrariamente antes de reportar la situación ante la empresa, generando ustedes mismos una afectación en el servicio y negándonos la oportunidad de demostrar que cada afiliación estaba correcta lo cual es atribuible al actuar arbitrario, unilateral e irrespetuoso de la señora Lucila Alonso, más aún si se tiene en cuenta que dicha verificación se debía realizar al momento de facturar y ni siquiera al momento de ingresar a las instalaciones por las mismas afectaciones que ello podría generar. De allí que no pueda predicarse que el hecho de que una persona no apareciera con centro de trabajo en la orden de compra 80276 de la Dian fuera una irregularidad, ya que lo que debía verificarse es que el aporte por parte de ASEAR SA ESP sobre el trabajador se estuviera realizando y de esta manera el trabajador tuviera cobertura en cada uno de los subsistemas. Por lo tanto, la entidad debió revisar juiciosamente planilla por planilla mes a mes de cada trabajador o en su defecto vincular u oficiar a las entidades del sistema de seguridad social, no abusar de su posición y hacer las veces de juez y parte tomando como probado solo lo afirmado por ustedes mismos en el pliego de cargos.

Entonces, no es un argumento suficiente por parte de la entidad cuando afirman que *“Como se manifestó en el punto anterior, en cumplimiento de los deberes y funciones de la supervisión la DIAN,*



por intermedio de la funcionaria señora Lucila Alonso Martínez, lalonsom1@dian.gov.co; debía revisar los soportes de afiliación al sistema de seguridad social, donde se evidenciara que la totalidad del personal que el contratista disponía para la ejecución del contrato estuviera vinculado al sistema de Seguridad Social integral en pensión, salud y riesgos laborales, una vez cumplido estos requisitos, se daba autorización de ingreso a las instalaciones de la entidad.” Porque la verificación que hacia la señora Lucila no era idónea, por lo expresado anteriormente ya que se basaba en sus propios criterios para negar el acceso a nuestro personal, mostrando total desconocimiento sobre cómo se prueba una afiliación efectiva de un trabajador prueba de ello es el correo enviado el 04 de abril de 2022 por la señora Lucila donde expresa *“Cordial saludo, Una vez revisado los documentos, me queda una inquietud en la afiliación a la ARL indica el centro de trabajo (ATENCION Y REPARACION INTEGRAL A LAS VICTIMAS BOGOTA) y no en ninguna de nuestras sedes de la Orden de compra 80276, por favor me apoyan indicándome la NORMA si ocurre un accidente laboral es cubierto por la ARL? Si bien es cierto “Un accidente de trabajo es todo acontecimiento repentino que suceda por causa o con ocasión del trabajo que desempeña una persona y que por este hecho el trabajador tenga una lesión en su cuerpo, se perturben sus funciones, se le genere una invalidez o incluso el trabajador muera, Un accidente es realmente un accidente de trabajo cuando la actividad que está desarrollando la persona se relaciona directamente con la labor que desempeña. También es accidente de trabajo el evento que ocurre mientras el trabajador está ejecutando una orden de su jefe.”* Como es evidente en el cuerpo del correo la señora Lucila dilataba sin justificación y sin conocimiento ni siquiera de cómo funciona la cobertura de la ARL y por ello negaba el ingreso de los operarios, sin asesorarse, sin asegurarse si había una afiliación efectiva o no, cuando el centro de trabajo no incide en la atención como si lo es el riesgo en que está clasificado y la actividad que desempeñaba, que para este caso en ambos centros era operaria de aseo, también el hecho de que estaba ejecutando ordenes de su jefe (ASEAR SA ESP)

Queda evidenciado también según lo relatado por la entidad compradora en su informe de supervisión cuando relata *“A pesar de que la entidad en procura de mitigar situaciones derivadas del incumplimiento del contratista se vio en la imperiosa necesidad de autorizar actividades extraordinarias, como las ya descritas, para conjurar las afectaciones en la calidad y oportunidad en la prestación del servicio y los efectos que esto conllevo en cuanto a al aseo de las locaciones y a la atención a los usuarios y servidores públicos, no significa que acepte que no existió un incumplimiento al contrato.”* Como queda evidenciado ASEAR SA ESP realizaba labores extraordinarias, teniendo que pagar horas extras de operarios y otros emolumentos con el fin de cumplir con las actividades propuestas por la entidad como brigadas de aseo etc. con el fin de que el servicio nunca se viera afectado y aunque estas horas extras no fueran facturadas a la entidad ya que lo mas importante para nosotros era mitigar el impacto de situaciones que por fuerza mayor no nos permitían cumplir con los plazos fijados inicialmente

FRENTE A LAS PRUEBAS QUE REPOSAN EN EL EXPEDIENTE

Queda demostrado que **ASEAR S.A E.S. P** en todo momento actuó de buena fe y que, a pesar de los inconvenientes presentados, la mayor cantidad de tiempo el contrato tuvo un cumplimiento del 100% en todos los ámbitos de prestación del servicio, y en los momentos que no pudo cumplir con plazos pactados hizo todo lo humanamente posible por subsanar dichas falencias y obviamente no facturo servicios no suministrados.



ASEAR S.A. E.S.P se allanó a cumplir con la totalidad de las obligaciones del contrato tal y como se desprende de las pruebas del expediente, de los informes allegados y de lo explicado en los descargos. Luego, no puede manifestarse que exista incumplimiento total ni parcial de las obligaciones del contrato, estando acreditadas gran parte de obligaciones por parte de la empresa. También, debe tenerse en cuenta que los retrasos en el cumplimiento de algunas obligaciones no son atribuibles a un actuar poco diligente de **ASEAR S.A. E.S. P** sino a hechos de terceros y a motivos de fuerza mayor, como lo fue, inconvenientes para la autorización en el ingreso por parte de la **DIAN** e incumplimientos en la entrega por parte de nuestros proveedores.

FRENTE A LO ACREDITADO

ASEAR S.A. E.S. P no considera que debe predicarse un incumplimiento contractual de las obligaciones fijadas entre las partes, sino un cumplimiento tardío de las mismas que sumadas a la buena fe con la que como contratista actuamos en todo momento y en virtud de la proporcionalidad no se debe hacer efectiva la cláusula penal ni tampoco es necesaria una afectación a la póliza ya que **NO SE ENCUENTRA ACREDITADO OCURRENCIA NI CUANTÍA** en los términos del artículo **1077 CCO** por quedar demostrado que como contratista cumplimos con la totalidad de las obligaciones contractuales.

APORTE DE PRUEBAS ADICIONALES

En virtud de lo establecido en el art. 86 de la ley 1474 de 2011 “d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.”

Con el fin de controvertir las nuevas pruebas aportadas por la entidad solicitamos respetuosamente que sean tenidas en cuenta las pruebas adicionales que enviaremos anexas a continuación, teniendo en cuenta que su valoración es esencial para tomar una decisión por su conducencia y pertinencia y que estas solo son aportadas al día de hoy porque los descargos y nuevas pruebas de la entidad solo fueron conocidos hasta el 29 de septiembre de 2023 , contando solo con 4 días hábiles para recopilar el material necesario para controvertirlas.

1. Factura y prefactura donde consta que no se cobraban servicios completos en el mes de diciembre, prefactura del mes de febrero donde constan los descuentos realizados por la entidad.
2. Correos electrónicos donde se evidencia la atención oportuna respecto a los inconvenientes presentados con maquinaria, teniendo en cuenta que la entidad solo relaciono los correos donde reportaban los inconvenientes mas no la respuesta que dimos como proveedor
3. Correo donde se ven las dudas de la señora Lucila respecto al tema de afiliación de la ARL y respuesta brindada desde SST



4. Correo donde se evidencia que la entidad tenía conocimiento de los supernumerarios que ASEAR SA ESP destinaba para cubrir sus ausentismos.

SOLICITUD DE PRUEBAS

Con el fin de corroborar lo afirmado por la entidad en sus descargos *"ya que se encontraba pagando por un servicio y unos bienes que no recibió en las fechas pactadas. Sea del caso resaltar que las fechas de cumplimiento del contrato estaban claramente fijadas en el mismo y que el precio a ser pagado por los servicios contratados y bienes adquiridos atiende al cumplimiento de este supuesto desde la fecha pactada, por lo tanto, cualquier variación en las fechas de cumplimiento de las obligaciones del contrato debían ser acordadas y formalizadas mediante un otrosí, ya que esto implicaba un cambio en la ecuación económica del contrato."*

1. Solicitamos respetuosamente a la entidad que comparta las facturas y prefacturas correspondientes al mes de enero y febrero de 2022 donde constan los descuentos realizados por servicios e insumos no suministrados o en su defecto los pagos realizados.

SOLICITUD

En virtud de la proporcionalidad que debe predicarse al interior de este tipo de procesos **ASEAR S.A E.S.P** solicita comedidamente la no afectación de la póliza ni la aplicación de la cláusula penal, así como la no declaración de incumplimiento contractual, por no encontrarse probado un incumplimiento. No obstante, y teniendo en cuenta los retrasos que se presentaron en el inicio de la ejecución **ASEAR S.A E.S. P** está dispuesto a asumir la suma de **DOS MILLONES SETESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$2.734.733)**

Adicionalmente les informamos que en virtud de que ya venció el término legal para liquidar de mutuo acuerdo la presente orden de compra y que nunca recibimos solicitud alguna por parte de la entidad para realizar la respectiva liquidación, acudiremos a la jurisdicción para que se liquide el presente contrato agotando dicha vía, ya que dicho trámite pudo adelantarse sin perjuicio del presente proceso.

Atentamente,



Alberto Antonio García
Representante Legal
ASEAR SA ESP