



Medellín, 10 de agosto 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 parágrafo 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 quedo 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 2025. 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 llevo 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 mas 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.

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.

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.

PETICION



En virtud de la proporcionalidad que debe predicarse al interior de este tipo de procesos ASEAR SA ESP 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)**.

Atentamente,



Alberto Antonio García
Representante Legal
ASEAR SA ESP