DIAN

RESOLUCIÓN NÚMERO 000028

20 FEB 2023

"Por la cual se declara el incumplimiento del contrato 40-003-2022 y se hace efectiva la cláusula penal pactada"

ASUNTO	Proceso administrativo contractual sancionatorio
CONTRATO:	40-003-2022
CONTRATANTE	U.E.A DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIOANALES DIAN- Seccional Tumaco
CONTRATISTA:	**PROSPECTIVA INGENIEROS SAS**
NIT	**901.203.234-7**
CDP	No. 1722 del 18 de agosto de 2023 / Valor **$91.710.000**
CRP	No. 7022 del 19 de septiembre del 2022/ Valor **$71.511.723,96**
VALOR	**$71.511.723,96**
FECHA DE INICIO	**19 DE SEPTIEMBRE DE 2022**
FECHA DE FINAL	**18 DE NOVIRMBRE DE 2022**
PRORROGA	**12 DÍAS**
FECHA DE FINALIZACIÓN CON PRORROGA	**30 DE NOVIEMBRE DE 2022**
REPRESENTANTE LEGAL	YERSON CAMILO RODRIGUEZ LONDOÑO
CÉDULA	1.123.162.159
OBJETO CONTRACTUAL:	Contratar a precios unitarios fijos las obras para el mantenimiento y adecuación de los espacios físicos de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco "EDIFICIO DIAN" Ubicado en el - Parque Colon, Tumaco – Nariño
GARANTE:	**COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. NIT 860037013-6** Póliza de cumplimiento No. CV-100025591 de 19 de septiembre de 2022

EL DIRECTOR SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE TUMACO (A)

En uso de las facultades legales y en especial las conferidas por los artículos 3, 4 y 14 de la Ley 80 de 1993, articulo 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007, articulo 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, articulo 86 de la Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015 y Resolución No. 000089 de 2021 del Director General de la DIAN, Resolución No.000403 de 24 de enero de 2023 y con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante oficio No. 140000201-000441 de 12 de septiembre de 2022, la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco remite al señor YERSON CAMILO RODRIGUEZ LONDOÑO, en calidad de representante legal PROSPECTIVA INGENIEROS SAS, NIT 901.203.234-7, la comunicación de aceptación de la oferta dentro del proceso de selección del contrato de mínima cuantía No. 40-003-2022 que tiene por objeto: "*Contratar a precios unitarios fijos las obras para el mantenimiento y adecuación de los espacios físicos de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco "EDIFICIO DIAN" Ubicado en el - Parque Colon, Tumaco – Nariño*".

Continuación de la Resolución *"Por la cual se declara el incumplimiento del contrato 40-003-2022 y se hace efectiva la cláusula penal pactada"*

1.2 El 19 de septiembre de 2022 la aseguradora COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. NIT 860037013-6, expidió las pólizas Nos. CV – 100025591 y CV – 100006452 para garantizar el pago de los perjuicios derivados del Contrato No. 40-003-2022, cuyo objeto es: "*Contratar a precios unitarios fijos las obras para el mantenimiento y adecuación de los espacios físicos de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco "EDIFICIO DIAN" Ubicado en el - Parque Colon, Tumaco – Nariño"*, siendo PROSPECTIVA INGENIEROS SAS el tomador y la UAE-DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas de Tumaco) el asegurado, beneficiario:

Garantía No.	Entidad que Emite	Amparos	Suma Asegurada	Porcentaje/ valor asegurado	Vigencia Desde/ hasta
CV-100025591	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S. A	cumplimiento	21.453.517,20	30	**19/09/22 – 22/05/2023**
CV-100025591	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S. A	Pagos salarios	7.151.172,40	10	**19/09/22 22/11/25**
CV-100025591	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S. A	Estabilidad y calidad de la obra	14.302.344,80	20	**19/11/22 18/11/27**
CV-100025591	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S. A	Calidad y correcto funcionamiento	7.151.172,40	10	**19/11/22 19/11/2023**
CV-100006452	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S. A	Responsabilidad civil extracontractual	200.000.000	200 SMLMV	**19/11/22 22/11/23**

1.3 El 19 de septiembre de 2022 a través de la plataforma SECOP II se aprobaron las garantías de cumplimiento Nos. CV-100006452 y CV-100025591 de septiembre 19 de 2022, expedida por COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

1.4 Mediante oficio No. 140000201-000460 del 19 de septiembre de 2022 el director de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco designó a JULIO CESAR SANCHEZ CORTÉS, como Supervisor del Contrato No. 40-003-2022.

1.5 El 19 de septiembre de 2022 PROSPECTIVA INGENIEROS SAS, NIT 901.203.234-7 y la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco, a través del supervisor JULIO CESAR SANCHEZ CORTÉS, suscribieron acta de inicio del Contrato No. 40-003-2022, por un valor de $71.511.723,96 y plazo de ejecución desde la suscripción del acta de inicio hasta el 18 de noviembre de 2022. En el documento se dejaron entre otras las siguientes constancias:

"(…)

- *Registro presupuestal No. 7022 de 19 de septiembre de 2022.*
- *Aprobación de garantía de cumplimiento No. CV-100025591 y de responsabilidad civil extracontractual CV -10006452 expedida por MUNDIAL DE SEGUROS S.A; los riesgos amparados por las garantías están vigentes y corresponden a la cobertura y vigencia pactada, de acuerdo con la verificación efectuada por el supervisor.*
- *Paz y salvo vigente por concepto de seguridad social y parafiscales;*
- *El Representante Legal entregará al supervisor la relación del personal con que PROSPECTIVA INGENIEROS SAS, ejecutará el contrato una vez este sea vinculado, acreditando afiliación y cubrimiento de EPS, ARL y AFP, una vez verificado por el supervisor dará visto bueno para el inicio de actividades.*

1.6 Que, Durante el desarrollo del contrato se realizaron llamados de atención por correo electrónico en varias oportunidades relacionado con los incumplimientos reiterados que como contratistas estaban presentando así:

- Un primer llamado de atención se realizó el 7/10/2022 por el no inicio de la obra. Un segundo llamado de atención se realizó con copia a la procuraduría y a la aseguradora "Seguros Mundial" el pasado 13/10/2022. El tercer llamado de atención se efectuó en

reunión virtual desarrollada el 16 de noviembre, pues luego de conceder la prórroga en tiempo las obras no registraban avance.

- el 21/11/2022 se realizó llamado de atención por el no avance en el desarrollo de las obras y el no cumplimiento en el cronograma de contingencia y el balance de la obra. Se realizó un quinto llamado de atención el 25/11/2022 con copia nuevamente a la aseguradora y a la procuraduría por las mismas razones expuestas en todos los llamados de atención anteriores.

- Que los días 12 y 13 de diciembre de 2022, el contratista debía designar un funcionario para presentarse en las instalaciones de la DIAN Tumaco, con el objetivo de realizar la evaluación de cada uno de los ítems del contrato, sin embargo, el delegado no se presentó en la entidad. Razón por la cual, el supervisor procedió a elaborar un informe de balance de obra de manera unilateral.

1.7 Que el mencionado contrato venció el día 30 de noviembre de 2022 luego de otorgarse prórroga en tiempo, bajo la justificación de dificultades en la ubicación de algunos materiales y el bloqueo en un sector del Cauca que conecta con el departamento de Nariño. No obstante, se registraron incumplimientos por parte del contratista que impidieron la ejecución total y a plena satisfacción de las actividades que integran el contrato.

1.8 Mediante oficio No. 140000201 - 000572 del 14 de diciembre de 2022, el supervisor informa sobre posible incumplimiento del Contrato No. 40-003-2022 suscrito entre PROSPECTIVA INGENIEROS SAS y la UAE-DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas de Tumaco)

1.9 El balance financiero de la ejecución del contrato No. IMC-40-003-2022, es el siguiente:

CONCEPTO	VALOR
Valor inicial del contrato	$ 71.511.723,96
Valor adición modificación No.	N/A
Valor total del contrato (con adición)	$ 71.511.723,96
Valor total ejecutado	$ 22.621.222,10
Valor total facturado	$ 0
Valor total pagado	$ 0
Clausula Penal, 20% del valor del contrato	N/A
Cláusula Penal, 20% del porcentaje no cumplido del contrato	$ 9.778.100,37

1. INFORME DEL SUPERVISOR SOBRE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

El ingeniero Julio César Sanchez Cortes, en calidad de supervisor del contrato No. 40-003-2022, mediante oficio No. Oficio No. 572 de 14 de diciembre de 2022 informar a la líder del área administrativa y financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco sobre un posible incumplimiento parcial del contrato IMC 40-003-2022, bajo el argumento que el contratista justificó dificultades para la ubicación de algunos materiales y bloqueos en las vías del departamento del Cauca que conecta con el departamento de Nariño, lo cual impidió la ejecución total y la no satisfacción de algunas actividades que integran el contrato.

En el mencionado oficio, el ingeniero señaló que, se debe adelantar el proceso por incumplimiento parcial de contrato, derivado de la no ejecución a cabalidad de la cláusula 2 denominada "*alcance del objeto*" que describe las actividades a desarrollar y la cláusula 5 "*plazo de ejecución del contrato*".

El supervisor del contrato señaló que de acuerdo con el balance de obra se había ejecutado el 54,04% equivalente a $ 38.644.918,70, pero que la supervisión teniendo en cuenta las condiciones técnicas definidas en el anexo No. 1 del mencionado contrato, soló reconoció a satisfacción el 31,63% equivalente a $22.621.222,10 del valor del contrato.

2. CITACIÓN AL CONTRATISTA Y A SU GARANTE A AUDIENCIA, PARA EL EJERCICIO DE SU DERECHO DE CONTRADICCIÓN Y DE DEFENSA

Mediante oficio No. 20221220_140000201-000581 22 de diciembre de 2022, el ***DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE TUMACO*** citó al representante legal de ***PROSPECTIVA SAS*** y a la aseguradora ***SEGUROS MUDIALES***, la iniciación de audiencia (sesión 1) de un presunto procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento del **Contrato No.** IMC 40-003-2022**,** de conformidad con lo previsto en el Art. 17 de la Ley 1150 de 2007 y Art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

A estas comunicaciones se anexó copia del informe de supervisión presentado mediante oficio No. 140000201 - 000572 de 14 de diciembre de 2022, indicado que la diligencia se realizaría el 28 de diciembre de 2022 a las 90: 30 am

3. DESCARGOS PRESENTADOS LA SOCIEDAD PROSPECTIVA INGENIEROS SAS

Los descargos por parte del contratista fueron presentados a través de la sesión No. 2 de 04 de enero de 2023, correspondiente a la continuación dentro del proceso sancionatorio del contrato No. IMC-40-003-2022, mediante el cual el representante del contratista debidamente reconocido para actuar manifestó lo siguiente:

El contratista señaló que, existían varias actividades que se realizaron ajustadas a las directrices del supervisor; como la demolición del mesón y luego los lavamanos, añadiendo que, lo que se hizo fue siempre acordado con el señor Julio César Sánchez Cortes, quien era el supervisor de turno.

Por otro lodo indicó que, muchas cosas se salieron de los tiempos y no se puede desconocer que en la elección del piso se perdió mucho tiempo, mientras se llegaba a un conceso, y que de igual forma paso lo mismo con los baños, se perdió tiempo, porque se decía de una forma y luego de otra.

Señaló además que, Tumaco, a pesar de ser un Distritos Especial, no cuenta con los insumos necesarios para la ejecución de la obra y que adicionalmente se coincidió con un renten por parte del personal indígena y por esta razón se retrasan unas actividades. A su vez señaló que la entidad no está teniendo en cuenta los sanitarios y el polarizado y que el cableado se debía instalar en unos puestos de trabajo y que no hay donde instalarlo porque no existen los puestos y trabajo y ese cableado corresponde al 10% del contrato.

Manifiesta también, que se debe tener en cuenta que la entidad argumenta que no se pintó un sobre esmalte, pero la superficie que se intervino fue superior a los metros contratados y en consecuencia hubo fallas tanto del contratista como del supervisor porque se realizaron actividades que no se confirmaron.

A su vez, indica que, en cuanto a las lámparas, que estas se contrataron con unas especificaciones, pero hubo un descontento porque no se instalaron donde tenían que ir, pero que el contratista no tiene la culpa, ya que los supervisores no se ponían de acuerdo para la instalación.

Finalmente, refiere el contratista, que para el piso solo se contrató la superficie y que se necesitaba retirar el lateral de la cerámica para poder instalar la contrachapa y eso no se contrató. Concluyó, que hubo actividades que faltó contratar el complemento, como el caso de la instalación del piso.

4. DESCARGOS PRESENTADOS POR EL APODERADO DE LA SEGURADORA – SEGUROS MUNDIALES SA.

Frente al señalamiento por parte de este Despacho sobre el incumplimiento de las obligaciones indicadas por la supervisión del contrato, indicó la aseguradora que, la administración debe tener en cuenta que los incumplimientos amparados por las pólizas, solamente cubre los incumplimientos que le sean imputables al contratista, y no aquellos que se salen de la órbita del contratista o aquellos que se configuran como situaciones que pueden considerarse como exoneración de responsabilidad, como en el presente caso, indicando que, en el inicio del contrato se presentaron dificultades imposibilitando al contratista ejecutar en su oportunidad de manera cumplida, en la medida que se presentó una escasez en la disponibilidad de materiales en el lugar donde se iba a ejecutar la obra, generando el atraso. Además, mencionó que dicho atraso no se le puede imputar al contratista, ya que se le sale de la órbita de sus acciones.

Por otra parte, indicó que se evidencia unas discusiones en la interpretación del contrato y de los materiales que tenía que suministrarse, ya que en el tema de los baños existe una discusión sobre las marcas y que esto debería ser aclarado por la administración, independiente de lo que diga el supervisor. Reiteró que, la administración deberá aclarar si efectivamente la minuta del contrato permitían que se instalaran los accesorios de las marca que se instalaron o si lo que se instaló como baño no cumplía con los requisitos técnicos, señalando que, el tema de los baños es un nuevo cargo que aparece e audiencia y no en la citación, reiterando que, en el presente procedimiento no está permitido la intervención del supervisor, ya que puede darse la situación de que aparezcan nuevos cargos, de los cuales las partes no estén preparados para contrargumentar.

A su vez, manifestó que, en el tema del piso lo que se argumentó es que había una imprecisión que se tenían indicadas para la instalación, pero que lo que aparece en esta audiencia es que el piso no se aceptó simplemente porque no cumple con las condiciones técnicas. Además, señaló que la administración es quien deberá entrar a verificar, quien está haciendo la afirmación correcta de los hechos.

En el mismo sentido indico que, existió una imposibilidad para cumplir y que ese supremamente notoria y es lo que tiene que ver con la instalación del cableado y punto de red, ya que no se sabía cuál era la ubicación de los puestos de trabajo y que no era posible solicitarle al contratista que haga una instalación de cableado y puntos de red en un salón si no se tiene la claridad exacta y precisa de donde se deben instalar dichos puntos. Así mismo, manifestó que, el hecho de que la administración no haya logrado la contratación de estos puestos de trabajo imposibilitó al contratista para realizar la labor de

instalación de los puntos de cableado y red y que, por lo tanto, es un incumplimiento no imputable al contratista y en consecuencia deberá disminuirse del porcentaje de incumplimiento que se está valorando en la audiencia.

Indicó además el Dr. Galvis que, lo que se puede observar por parte de la compañía de seguros es que existe una medición incorrecta del avance y del incumplimiento del contrato y que, por tanto, deberá la administración al momento de resolver el proceso, determinar cuál es el avance cierto y cuál es el incumpliendo imputable al contratista.

Por otra parte, manifestó que, en lo referente al tema de las estanterías, que no se tenía especificaciones y que el contratista no podía hacer las estanterías si no tenía las especificaciones claras de que era lo que se tenía que construir o suministrar, y que, por tanto, esta situación se configuró como una imposibilidad de cumplir al contratista.

Manifestó también que, desde la parte jurídica que, si bien es cierto que en la citación y en la audiencia sea mencionado que, las posibles consecuencias que acarrea el contratista en la presente situación administrativa son indistintamente multa y clausula penal, indicando que no quedó claro si se persiguen los dos efectos o simplemente se está mencionado de manera enunciativa, ya que la dos sanciones no podían ser acumulables desde el punto de vista jurídico, agregando que, la jurisprudencia ha determinado este tipo de sanciones, como también el momento en que proceden y la finalidad que persiguen. Indicando que, la multa sea entendido de

conformidad con lo que establece el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido que la multas corresponde a una sanción de apremio para requerir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones.

En el mismo sentido indicó que la cláusula penal se ha entendido como una tasación anticipada de los perjuicios y que es por ello, que la multa se impone dentro de la ejecución del contrato, con la finalidad de apremiar al contratista para que ogre cumplir sus obligaciones y que en cuanto a que se encuentra en una situación donde el contrato ya finalizó su termino de ejecución, no hay manera de apremiar ningún incumplimiento. Por tal razón manifestó que, lo procedente sería la aplicación de la cláusula penal frente a un incumplimiento total y definitivo. Añadió además que, en todo caso deberá aplicarse el principio de proporcionalidad en virtud del cual la cláusula penal esta pactada con un valor referente al valor total del contrato y que ese porcentaje hace referencia a un incumplimiento total del contrato. Así mismo, señaló que para el caso concreto se evidenciaba un incumplimiento parcial, y que deberá aplicarse esa proporcionalidad a la sanción que esta pactada contractualmente.

Finalmente añadió el Dr. Héctor Galvis que, la administración tenga en cuenta las condiciones de la póliza, principalmente el límite de valor asegurado y las condiciones de la cláusula séptima que establece la compensación, en virtud de la cual se establece que es procedente si existe una sanción, la misma sea compensada contra los saldos que tenga la administración a favor del contratista y que esto es de conformidad con el artículo 1714 del Código Civil colombiano, que reza sobre la compensación que procede de pleno derecho cuando las dos parte al mismo tiempo son acreedor y deudor, se compensaran la deudas. Así mismo, indicó que, si la decisión de la administración es imponer la sanción se determine la existencia de saldos a favor y se compensen dichas sanciones antes de afectar la póliza.

5. PRUEBAS DECRETADAS POR EL DESPACHO

Mediante la sesión No. 2 de la diligencia de audiencia de fecha 04 de enero de 2023, este Despacho ordenó las siguientes pruebas:

- Levantamiento de un segundo balance de obra, con presencia obligatoria de la Supervisión del contrato y el balance de obra, la cual se practicaría el 20 de enero de 2023 en las instalaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco en el municipio de Tumaco – Nariño.

6. RESULTADO PRACTICA DE PRUEBAS

Mediante informe de fecha 23 de enero de 2023, el Supervisor del Contrato IMC-40-003-2022 informó al Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco que el contratista no compareció a la practica de la prueba decretada por su Despacho, y en consecuencia procedió a realizar un segundo balance de obra de manera unilateral, en el cual se determinó teniendo en cuenta las actividades establecidas en el anexo No. 1 denominado *"especificaciones técnicas"*

Como resultado de la diligencia, se tiene que, el Supervisor reconoció una ejecución ajustada a las condiciones técnicas por un valor de VEINTIDÓS MILLONES SEISCIENTOS VEINTIÚN MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS PESOS CON DIEZ CENTAVOS **$22.621.222,10** equivalentes al 31.63% del contrato. Este valor incluye los gastos asociados a administración, imprevistos, utilidad e IVA. Por lo tanto, se advierte el incumplimiento parcial del contratista, por un valor de CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL QUINIENTOS UN MIL PESOS CON OCHETA Y SEIS CENTAVOS ($48.890.501,86) equivalente al 68,3671% del valor del contrato. Lo cual deja un valor de NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIEN PESOS CON TREINTA Y SIENTE CENTAVOS $ $9.778.100,37 correspondiente al 20% del incumpliendo parcial por concepto de la cláusula penal sancionatorio a favor de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco.

7. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS PRESENTADAS POR EL SUPERVISOR DEL CONTRATO DURANTE EL TRANSCURSO DE LA AUDIENCIA DEL ART. 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

Teniendo en cuenta que la Administración cuando ejerce su potestad sancionadora debe salvaguardar los derechos de los contratistas, para que solo de manera excepcional y residual éstos deban acudir al juez contencioso administrativo, éste Despacho, para garantizar el derecho de contradicción y de defensa, valorará los argumentos, alegatos y pruebas presentadas por el Supervisor del contrato, así como las pruebas ordenadas dentro del proceso, para decidir si existe o no un posible incumplimiento dentro del proceso IMC-40-003-2022.

Como la competencia para resolver es un presupuesto de validez de los actos administrativos (Art.137, L.1437/2011), se deja expresa constancia de que el Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco la competencia para adelantar el procedimiento y decidir sobre el procedimiento sancionatorio contractual de incumplimiento, cuantificar los perjuicios derivados de él, imponer multas y sanciones pactadas del **CONTRATO No. 40-003-2022** suscrito entre la **UAE-DIAN – DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE TUMACO** y la **PROSPECTIVA INGENIEROS SAS.**, así como para hacer efectiva la cláusula penal pactada en el mismo contrato, cuando ello resulte procedente conforme a la ley.
En el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado se ha garantizado el debido proceso del contratista y su garante, de conformidad con el Art. 29 de la Constitución Política, Art. 17 de la Ley 1150 de 2007, Art. 35 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y Art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

En todos los ámbitos del derecho sancionador, y en particular en el campo del derecho administrativo sancionatorio, está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, pues por esa vía se desconoce la garantía a la presunción de inocencia consagrada en el Art. 29 de la Carta Política, cuyo significado se concreta en que nadie puede ser culpado de un hecho hasta que su responsabilidad no haya sido plenamente demostrada[1].

El Consejo de Estado ha sostenido que el derecho administrativo sancionador es un derecho en formación, de forma tal que las construcciones del derecho penal resultan útiles cómo punto de partida, pero su trasposición no es horizontal, sino que se deben matizar y adaptar a la praxis administrativa y especialmente responder a los intereses que las organizaciones administrativas gestionan. En otros términos, principios como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son propios del derecho público, por lo que las elaboraciones que se utilizan del derecho penal deben ser relativizadas para responder a principios como la eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía, consagrados en el artículo 209 de la constitución[2]

Así, en el proceso adelantado el contratista y su garante ***(i)*** fueron informados en detalle y con los soportes correspondientes, de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha presuntamente incumplido; ***(ii)*** tuvieron la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; ***(iii)*** conocerán en audiencia la decisión adoptada mediante resolución motivada; y ***(iv)*** podrán presentar contra ella recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia.

Para resolver se tendrán en cuenta: ***(i)*** Las obligaciones informadas por el interventor como presuntamente incumplidas, mediante informe del segundo balance unilateral de obra de 23 de enero de 2023; ***(ii)*** Los argumentos presentados por el contratista y su garante; y ***(iii)*** Las pruebas ordenadas y recibidas dentro del proceso administrativo adelantado.

---

[1] [1] Laverde Álvarez, Juan Manuel, manual de procedimiento administrativo sancionatorio, Legis Editores S.A., 2016, primera edición, p.150

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 20738 de octubre de 2012, M.P. Enrique Gil Botero. En relación con el poder punitivo del Estado, consultar Corte Constitucional, sentencia C-117 de 22 de febrero de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño. Consejo de Estado, sentencia de 23 de junio de 2010, MP. Enrique Gil Botero. Respecto a la aplicación de los principios del derecho penal a otras manifestaciones del ius puniendi, consultar Corte Constitucional, sentencia C-117 de 22 de febrero de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño

8. ALEGATOS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA.

El contratista manifestó que está de acuerdo con la decisión que planteó la supervisión en la sesión No. 2 de la audiencia, en lo que tiene que ver a la multa y a la declaratoria de la sanción penal por el incumplimiento parcial del contrato, ya que esto no implica hacer efectivas las pólizas y en consecuencia manifiesta que no controvertirá la decisión adoptada por la Supervisión del contrato.

9. ALEGATOS PRESENTADOS POR EL GARANTE.

La seguradora SEGUROS MUNDIAL, manifestó que sus alegatos de conclusión están sustentados en los descargos de la sesión No. 2 de la audiencia y en consecuencia reiteró que la dos sanciones no podían ser acumulables desde el punto de vista jurídico ya que la multa corresponde a una sanción de apremio para requerir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones en vigencia del contrato mientras que la cláusula penal se ha entendido como una tasación anticipada de los perjuicios la cual se deberá aplicar de forma proporción al momento de liquidar la sanción.

Finalmente, solicitó a la administración tener en cuenta la consideración anterior para efectos de tomar la decisión definitiva en virtud del proceso sancionatorio en curso.

10. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

10.1 PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN:

La Ley 1474 de 2011 incluyó en su articulo 86 el deber de las entidades estatales de cuantificar los perjuicios generados por el incumplimiento, para poder hacer efectiva la cláusula penal pactada.[3]

Así las cosas, dentro del proceso IM-40-002-2022 la cláusula 25 establece: ***"25. CLÁUSULAS SANCIONATORIAS Y COSTOS A CARGO DEL CONTRATISTA***

> ***25.1. PENAL PECUNIARIA****: Si el* ***CONTRATISTA*** *no diere cumplimiento en forma total o parcial al objeto o a las obligaciones principales o accesorias emanadas del contrato, la DIAN, previo agotamiento del Procedimiento establecido en el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, mediante acto administrativo motivado declarará el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la* ***CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA*** *hasta por el* ***VEINTE POR CIENTO (20%)*** *del valor total del contrato, pactada como estimación anticipada de perjuicios, sin que lo anterior sea óbice para que la* ***DIAN*** *imponga multas por mora (simple retardo) y/o reclame ante el Juez del Contrato la indemnización de mayores perjuicios que no se encuentren cubiertos por la* ***CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA****.*
>
> *El contrato incluye* ***CLÁUSULA DE MULTAS*** *hasta por el 10% del valor del contrato y* ***CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA*** *como tasación anticipada de perjuicios, hasta por el 20% del valor del contrato, las cuales estarán vigentes por el* ***PLAZO DE EJECUCIÓN*** *del contrato, más el* ***PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSTVENTA*** *de* ***asistencia técnica de uso (soporte)****, y más el* ***PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN BILATERAL*** *del contrato que es de seis (6) meses.*
>
> *La cláusula penal se pacta con las siguientes condiciones: (i) La declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la* ***CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA****, no genera como consecuencia la extinción de la obligación principal o accesoria; (ii) El vencimiento del plazo constituirá en mora al* ***CONTRATISTA****, sin que sea necesario la comunicación de requerimiento alguno por parte de la* ***DIAN****; (iii) El valor de la* ***CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA*** *se compensará de las sumas adeudadas por la* ***DIAN*** *al* ***CONTRATISTA****, si las hubiere, o haciendo efectiva la garantía de cumplimiento o a través del cobro coactivo; y (iv) Habrá lugar a exigir la pena, sin que el* ***CONTRATISTA*** *pueda alegar que la inejecución*

[3] https://leyes.co/estatuto_anticorrupcion_se_dictan_normas_orientadas_a_fortalecer_los_mecanismos_de_prevencion_de_actos_de_corrupcion/86.htm

*de lo pactado no ha inferido perjuicio a la **DIAN** o le ha producido beneficio al **CONTRATISTA**, de conformidad con el Art.1599 del Código Civil.*

Por otra parte, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en Sentencia de 19 de octubre de 2005, ha considerado que,

(…) El contratista se obliga a pagar a titulo de transacción anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos:

- *En el evento de declaratoria de caducidad del contrato*
- *En el evento en que se declare el incumplimiento de este, aún vencido el plazo de ejecución del contrato.*

Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista (…)"

De igual forma el articulo 867 del Código de Comercio sobre la clausula penal, dispone el siguiente aparte:

***"Articulo 867 CLAUSULA PENAL**: Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta[4]

Así mismo, el articulo 1596 del Código Civil señala que:

"Articulo 1596: Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal".[5]

Por otro lado, el parágrafo primero del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en materia de aplicación de sanciones dispone:

"Parágrafo: La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Así las cosas, con fundamento en la prueba anteriormente analizada sobre el informe de balance de obra de fecha 23 de enero de 2023 presentado por el Supervisor del contrato, en el cual se manifiesta que el contratista solo ejecutó a satisfacción el 31.6329% equivalente al valor de $22.621.222,10, la entidad siendo consciente de que los incumplimientos del contratista no han sido absolutos, de todas su obligaciones contractuales y por ello tiene derecho a la reducción equitativa de la clausula penal, como lo prevé el articulo 867 del Código de Comercio, el articulo 1595 del Código Civil y el articulo 17 de la Ley 1150 de 2007, este Despacho considera pertinente aplicar el principio de proporcionalidad y equidad, en consecuencia según lo establecido en la clausula penal precedente la UAE- DIAN podrá declarar el incumplimiento parcial para hacer efectiva la cláusula penal por el valor de NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO

---

[4] *"Artículo 1596: Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal".*[4]

[5] ***"Articulo 867 CLAUSULA PENAL**: Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse*

MIL CIEN PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($9.778.100,37) que corresponden al valor por el incumplimiento parcial del contrato y se relaciona de la siguiente manera:

VALOR	CONCEPTO
$9.778.100,37	Por concepto de clausula penal correspondiente del valor a imponer de conforme al informe del supervisor de fecha 23 de enero de 2023, en el cual manifiesta que se ejecutó el 31.6329% de las actividades contractuales.

Por lo anterior, en consecuencia de la declaratoria parcial de las obligaciones relacionadas anteriormente en el presente acto administrativo es procedente hacer efectiva la clausula penal prevista en el contrato IMC-40-003-2022 y por lo tanto, la entidad en atención al ordenamiento jurídico vigente no realizó la tasación de la cláusula penal sobre el 100% de valor del contrato, tal como se pactó, sino proporcional al valor de las obras dejadas de ejecutar, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1596 del Código Civil, articulo 867 del Código de Comercio y el articulo 17 de la 1150 de 2007, en concordancia con el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que este Despacho no ha efectuado ningún tipo de pago a la sociedad PROSPECTIVA INGENIERO SAS, se ordenará a la Dependencia de Administrativa y Financiera de esta Dirección Seccional, compensar de la suma adeudada a la sociedad PROSPECTIVA INGENEROS SAS, por concepto de pago del contrato IMC-40-003-2022 la suma correspondiente a NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIEN PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($9.778.100,37) por concepto de clausula penal.

En mérito de lo expuestos, el Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco (A),

RESULEVE:

Artículo Primero: DECLARAR el incumplimiento del contrato IMC-40-003-2022, por parte del contratista PROSPECTIVA INGENEROS SAS, NIT **901.203.234-7** como consecuencia, hacer efectiva la CLÁUSULA PENAL pactada por un valor de NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIEN PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($9.778.100,37)

Articulo Segundo. DECLARAR la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato No. IMC-40-003-2022, suscrito entre la **UAE-DIAN** y PROSPECTIVA INGENIEROS S.AS. garantizada por póliza No. CV-100025591 de 2022, expedida por la COMPAÑÍA SEGUROS MUNDIAL S.A., NIT 860037013-6 con una vigencia inicial de 19 de septiembre de 2022 del amparo del cumplimiento al 22 de mayo de 2023 y prorrogada desde el 17 de noviembre de 2022 hasta 04 de junio de 2023 por valor de VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DIECISIETE PESOS CON VEINTE CENTAVOS ($ 21.453.517,20) correspondiente a la cláusula penal pactada que se hace efectiva de manera proporcional al incumplimiento.

Artículo Tercero: ORDENAR al área de Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco, una vez quede en firme y ejecutoriada la presente resolución, compensar el valor del cláusula penal con sumas adeudadas al contratista **PROSPECTIVA INGENIEROS S.A.S,** derivados de la ejecución del contrato No. IMC-40-003-2022

Artículo Cuarto: ORDENAR a la aseguradora COMPAÑÍA SEGUROS MUNDIALES S.A. hacer efectiva la garantía de cumplimiento constituida mediante la póliza de cumplimiento No. CV-100025591 de 2022 mediante el pago de NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO

MIL CIEN PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($9.778.100,37) **MODENA LEGAL COLOMBIANA,** correspondiente a la cláusula penal.

PARÁGRAFO 1. La Cláusula Penal se debe pagar por la seguradora dentro del mes siguiente a la firmeza y ejecutoria de la presente decisión total o parcialmente en la suma que no sea posible compensar de las sumas adeudas por la DIAN al contratista derivadas de la ejecución del contrato No. IMC-40-003-2022.

Para tal efecto se debe ingresar al punto virtual de la ruta www.bancoagrario.gov.co seleccionar *pagos DTN, DTN OTRAS TASAS MULTAS Y CONTRIBUCIONES NO ESPECIFICADAS EBTIDADES,* código de portafolio 150, diligenciar todos los campos de quien paga la cláusula penal y enviar soportes de pago al correo jgongorae@dian.gov.co del Dr. JAVIER ESTEBAN GONGORA ESPINOZA, Líder del área Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco.

PARÁGRAFO 2. Informar que el presente acto una vez se encuentre en firme y ejecutoriado, presta el merito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el articulo 422 del Código General del Proceso.

Artículo Quinto: La presente resolución se entiende notificada en audiencia de conformidad con el articulo 86 de la Ley 1474 de 2011, a las siguientes personas:

- A la sociedad **PROSPECTIVA INGENIEROS SAS**, representada legalmente por el señor YERSON CAMILO RODRIGUEZ LONDOÑO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.123.162.159 o quien haga sus veces
- la aseguradora **SEGUROS MUNDIALES S.A.** a través de su apoderado **HÉCTOR MAURICIO GALVIS ÁLZATE,** identificado con cédula de ciudadanía No. 79790534.

Artículo Sexto: informar que de conformidad con el articulo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta resolución procede el recurso de reposición ante el Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco (A), el cual se interpondrá, sustentará y decidirá en audiencia

Artículo Séptimo: ORDENAR al área de Administrativa y Financiera de esta Dirección Seccional, **PUBLICAR** la parte resolutiva de la presente resolución en el SECOP II, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de su ejecutoria, en cumplimiento del artículo 31 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 19 de 2012.

Artículo Octavo: ORDENAR al área de Administrativa y Financiera de esta Dirección Seccional, **COMUNICAR** la parte resolutiva de la resolución, a la Cámara de Comercio en la que se encuentre inscrito el contratista PROSPECTIVA INGENIEROS S.A.S NIT **901.203.234-7** mediante registro del aplicativo de CONFECAMARAS, dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a su ejecutoria en cumplimiento del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 19 de 2012.

Articulo Noveno: ORDENAR al área de Administrativa y Financiera de esta Dirección Seccional, **COMUNICAR** la parte resolutiva de la resolución a la Procuraduría General de la Nación dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a su ejecutoria en cumplimiento del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 19 de 2012.

Continuación de la Resolución *"Por la cual se declara el incumplimiento del contrato 40-003-2022 y se hace efectiva la cláusula penal pactada"*

Articulo Decimo: ORDENAR al área Administrativa y Financiera de esta Dirección Seccional, enviar copia de la presente decisión al Ingeniero JULIO CÉSAR SANCHEZ CORTES, en calidad de supervisor para que el trámite del pago derivado del contrato No. IMC-40-003-2022 gestione la compensación del valor de la cláusula penal con el valor pendiente del pago al contratista por parte de la DIAN.

Articulo Decimo Primero: ORDENAR al área Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco, una vez quede en firme y ejecutoriada la presente decisión, requerir al Dr. JAVIER ESTEBAN GONGORA ESPINOZA en calidad de CONTADOR de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco para que contabilice en las cuentas por cobrar de la DIAN el valor de la cláusula penal.

Articulo Decimo Segundo. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y notificación

Dada en Tumaco, Nariño a los veinte (20) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023)

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

RUBEN FLOREZ OSPINA
Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Tumaco

Proyectó: Mayra Carolina Noguera Córdoba – Gestor II – Despacho Gestión Jurídica.