17 de marzo de 2023

Doctor
ELIECER ENRIQUE POLO CASTRO
Secretario General
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Referencia: Descargos por el presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Compraventa 129 de 2022 cuyo objeto es *"adquirir elementos de confort ergonómicos para suministrar a los funcionarios y colaboradores de Superintendencia Nacional de Salud"*

GERMAN ESTRADA ZULUAGA, abogado en ejercicio, mayor, domiciliado en Salamina, identificado con cédula de ciudadanía número 10.264.838 de Manizales y T.P. 56.420 del Consejo Superior de la Judicatura, con correo electrónico abogadogermanestrada@gmail.com obrando de conformidad con el poder otorgado, procedo a presentar los descargos por el presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Compraventa 129 de 2022 cuyo objeto es *"adquirir elementos de confort ergonómicos para suministrar a los funcionarios y colaboradores de Superintendencia Nacional de Salud"*

I. EL ARTÍCULO 3º DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (CPACA) CONSAGRA POSITIVAMENTE LOS PRINCIPIOS, PAUTAS O REGLAS GENERALES APLICABLES A LAS ACTUACIONES ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Solo me concentraré en 2 de estos principios que considero afectados por este procedimiento, éstos son:

1- **Buena fe.**

Este principio tiene fundamento en el artículo 83 de la Constitución Política y, a diferencia de muchos de los otros principios que se analiza, impone deberes tanto para las autoridades como para los demás sujetos de los procedimientos administrativos. Puede ser entendido como la posibilidad de exigir un comportamiento diligente, correcto, leal, honesto y honrado en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones.

La aplicación de este principio a los procedimientos administrativos se concreta en que la buena fe es el deber de los sujetos de guardar un comportamiento leal y honesto dentro de su trámite, en que la administración proferirá una decisión ajustada a derecho y en que los administrados no ocultarán informaciones ni entregarán informaciones falsas.

Como aspecto particular de la definición contenida en el artículo 3º del CPACA se destaca, de una parte, que **la misma se limita a la presunción de actuación de buena fe** y, de otra que extiende la presunción a las autoridades, pues el texto constitucional sólo se refiere a los particulares.

Finalmente, en relación con la buena fe, debe destacarse que la jurisprudencia también le ha dado aplicación en las actuaciones administrativas, entre otros, bajo la prohibición de venir contra el acto propio y la protección de la confianza legítima, situaciones que deben ser aplicadas así no se encuentren explícitamente mencionadas en la norma.

Este principio se está violando en este caso en particular porque no se está teniendo en cuenta el principio de la presunción de inocencia del contratista. La mala fe debe ser probada por la Administración, se está procediendo.

Desde un principio se ha insistido por el Contratista que se tiene la intención de cumplir, en un plazo superior al inicialmente pactado, toda vez que por la hackeo que recibió la DIAN a finales del año pasado suspendió actividades por espacio de 15 días, lo que trastocó todos los plazos de entrega del único distribuidor para Colombia de los productos objeto del contrato de compraventa.

Esta información fue informada a la Supervisora del contrato oportunamente y se solicitó una segunda prórroga para el mes de febrero de presente año, se asistió a reunión presencial, se ofreció una entrega parcial de los materiales en stock que se tenían en bodega y por más súplicas y alternativas ofrecidas no fue posible obtener esa segunda prórroga.

Esto lo que demuestra a todas luces la buena fe de la empresa que represento.

2- Responsabilidad.

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, la responsabilidad de las autoridades públicas constituye uno de los principios fundamentales del Estado social de derecho, pues los poderes que se reconocen a las autoridades públicas deben ir necesariamente acompañados de un régimen de responsabilidad que las obligue a someterse a la legalidad y a reparar integralmente los perjuicios antijurídicos que sus actuaciones puedan generar.

En ese orden de ideas, el artículo 3º del CPACA reitera la idea de que las autoridades que intervienen en las actuaciones administrativas son responsables –desde el punto de vista patrimonial, penal, disciplinario y fiscal– por sus actuaciones y omisiones dentro del contexto de un procedimiento administrativo. Se trata de la reiteración del enunciado principio constitucional conforme al cual **ninguna actuación de las autoridades públicas está excluida de control y, por lo mismo, de responsabilidad,** lo cual es un reflejo de la especial preocupación del legislador por hacer efectivo el citado principio constitucional.

Tal como se expresó en el punto anterior, se ha insistido por el Contratista que se tiene la intención de cumplir, en un plazo superior al inicialmente pactado, toda vez que por la hackeo que recibió la DIAN a finales del año pasado suspendió actividades por espacio de 15 días, lo que trastocó todos los plazos de entrega del único distribuidor para Colombia de los productos objeto del contrato de compraventa.

Afortunadamente dicha información fue informada a la Supervisora del contrato oportunamente y se solicitó una segunda prórroga para el mes de febrero de presente año, se asistió a reunión presencial, se ofreció una entrega parcial de los materiales en stock que se tenían en bodega y por más súplicas y alternativas ofrecidas no fue posible obtener esa segunda prórroga.

Esto lo que demuestra a todas luces la responsabilidad de la empresa que represento, y el interés de cumplir con las obligaciones contractuales.

II. HECHO DEL PRÍNCIPE.

Se encuentra el denominado hecho del príncipe, que corresponde a una actuación legítima de la Administración.

En efecto, consiste esta teoría, **en el rompimiento del equilibrio económico del contrato** que se presenta con ocasión de la expedición, imprevista y posterior a la celebración del contrato estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante, que ***de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista***; se trata de actos que profiere la Administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones, y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, ***tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que se traduce en un detrimento de los intereses económicos del contratista***. Debe tratarse de una afectación grave, que sobrepase el alea normal de todo negocio, para que surja el derecho de la parte afectada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en tal forma, que se restituya la equivalencia de prestaciones que existía originalmente.

Para el caso que nos ocupa, el hecho de que la DIAN a finales del año pasado hubiera suspendido actividades por espacio de 15 días, como consecuencia de un hackeo del que fue víctima, y que la Superintendencia Nacional de Salud no hubiere generado la segunda prórroga del contrato, generó que mi cliente no hubiera podido cumplir en tiempo con sus obligaciones.

Contra hechos como éste, al administrado le es imposible resistir, la administración aplica todo el peso de su poder sobre los administrados.

III. LA ADMINISTRACIÓN NO UTILIZA LA REGLA QUE ORDENA RESOLVER LAS DUDAS RAZONABLES EN FAVOR DEL INVESTIGADO, REGLA IN DUBIO PRO REO, IN DUBIO PRO ADMINISTRADO, IN DUBIO PRO DISCIPLINADO.

La administración debe aplicar el principio general del derecho denominado indubio pro reo al contratista el cual se define como como “el principio jurídico que expresa la obligatoriedad de probar los hechos y que, en el caso de que esta prueba sea insuficiente para demostrarlos, la decisión judicial deberá favorecer al acusado del delito”.

Es decir, la entidad administrativa inicia un proceso en contra de un contratista por incumplimiento y en el proceso establece un hecho de incumplimiento, la valoración del incumplimiento necesariamente está ligada a unos perjuicios por lo cual el hecho que origina la citación por incumplimiento es previo, definido y restringido, porque el contratista tiene el derecho de cumplir con las obligaciones por las cuales lo citan.

Este principio jurídico es aplicable al presente caso debe tenerse en cuenta al momento de valorar el procedimiento sancionatorio que se adelanta, tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional en Sentencia C-495/19 Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO cuando indica:

“(...) La regla que ordena resolver las dudas razonables en favor del investigado (regla in dubio pro reo, in dubio pro administrado, in dubio pro disciplinado) es una consecuencia natural de la presunción constitucional de inocencia y constituye la contracara misma de la carga de la prueba que pesa sobre el Estado, a través de las entidades que ejercen el poder público”.

“Así, no obstante que la norma constitucional no exija expresamente que las dudas razonables sean resueltas en beneficio de la persona investigada, se trata de una conclusión forzosa que resulta de constatar que, a pesar de los esfuerzos demostrados durante el desarrollo del procedimiento y en desarrollo del deber de instrucción integral, el Estado no cumplió la carga probatoria que le incumbía y, por lo tanto, no logró recaudar o aportar pruebas suficientes”.

Por lo tanto, la regla “en caso de duda, resuélvase en favor del investigado”, no es más que la confirmación de que la persona nunca ha dejado de ser inocente y, en el caso de sanciones de naturaleza administrativa, la no aplicación de esta regla, genera nulidad del acto administrativo.

Sin embargo no se evidencia probado el perjuicio en el actuar del contratista que pueda desembocar en la indemnización de perjuicios, de conformidad con lo indicado por el Concejo de Estado, Sección Tercera, expediente 24812 de 2006, que expone para efectos de la liquidación de los perjuicios- la consideración de la conducta del Contratante o del Contratista que, en la etapa de liquidación del daño en cuanto a la responsabilidad, deberá atender al Artículo 2341 del Código Civil y del Artículo 16 de la Ley 446 de 1996, y este debe responder al verdadero perjuicio irrogado, y no atender a consideraciones propias del estudio de la responsabilidad, como lo son las conductas.- Por lo anterior, en aplicación del principio dubio pro reo o in dubio pro administrado, entendiendo que existe duda con relación a la cuantificación del perjuicio, la conducta del contratista no es suficiente para la materialización del perjuicio.

Se ha insistido por el Contratista que se tiene la intención de cumplir, en un plazo superior al inicialmente pactado, toda vez que por la hackeo que recibió la DIAN a finales del año pasado suspendió actividades por espacio de 15 días, lo que trastocó todos los plazos de entrega del único distribuidor para Colombia de los productos objeto del contrato de compraventa.

Se insiste que dicha información fue informada a la Supervisora del contrato oportunamente y se solicitó una segunda prórroga para el mes de febrero de presente año, se asistió a reunión presencial, se ofreció una entrega parcial de los materiales en stock que se tenían en bodega y por más súplicas y alternativas ofrecidas no fue posible obtener esa segunda prórroga.

La administración se limita a indicar que como el contratista no cumplió dentro del término del contrato debe seguir adelante con el procedimiento de presunto incumplimiento, a pesar de todas las explicaciones que se han dado y de todas las manifestaciones de querer cumplir.

La administración no da espacio para la duda a favor del contratista, se parte del supuesto que es culpable por no haber cumplido el contrato dentro del término contractual.

IV. DESEQUILIBRIO ECONOMICO

Con el objetivo de cumplir con los fines esenciales del Estado, la administración puede contratar con particulares para que éstos ejecuten las tareas que, por imposibilidad de ser asumidas por ésta, han de serles encargadas. Nace, entonces, una relación negocial en la que el contratista se compromete a la consecución de tales fines, incitado no sólo por la colaboración con el Estado, sino por el provecho económico que se genera en su favor, mientras que el Estado, en virtud de dicha relación, satisface el interés público. De allí que "el contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha que surge la relación jurídico negocial.

(…) Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcancen la finalidad esperada con el contrato" Así las cosas, cuando las condiciones económicas pactadas en el contrato fueren alteradas en perjuicio de una de las partes por causas no imputables a ésta, ocurridas durante la ejecución del contrato, se impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero.

En efecto, el artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone que "en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (…)".

Lo anterior, independientemente de que se haya o no pactado en el contrato. La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado.

El equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) **ACTOS O HECHOS AJENOS A LAS PARTES DEL CONTRATO, O FACTORES SOBREVINIENTES, ABORDADOS GENERALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.**

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27

Sección Primera, sentencia de 29 de abril de 2010, expediente número 2006-00375, consejero Ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Planeta

Dadas todas las situaciones ocurridas en el transcurso de la ejecución del contrato, incluso se le solicitó a la supervisión aceptara los elementos objeto del mismo, teniendo en cuenta, lo que también se puso en conocimiento de la supervisión, del incremento en la cotización del dólar frente al peso colombiano desde el momento del cierre del proceso a la fecha de la última solicitud de prórroga para hacer la entrega de los bienes, cuando el dólar se encontraba en $4155 y paso a $4761 al ser éste un bien exclusivo y que lo tiene el

monopolizado un solo proveedor en el país, con fabricación en el exterior, el incremento en el costo del bien fue del 12,72%, lo que en otras palabras debería haberse ajustado en el valor del contrato en $11.849.087 y asi quedar en un nuevo valor de $105.002.287 de acuerdo al documento adjunto que muestra la cotización del USD/COP

2022-08-16	4,248.54	4,163.00	4,256.00	4,155.00		2.20%
2023-02-28	4,856.68	4,761.01	4,869.85	4,761.01		2.07%

Fuente banco de la republica.
https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&Action=prompt&Path=%2fshared%2fSeries%20Estad%C3%ADsticas_T%2f1.%20Tasa%20de%20Cambio%20Peso%20Colombiano%2f1.1%20TRM%20-%20Disponible%20desde%20el%2027%20de%20noviembre%20de%201991%2f1.1.2.TCM_Para%20rango%20de%20fechas%20dado&Options=rdf&lang=es

Así las cosas Y luego de poner todo esto en conocimiento de la supervisión, decidimos a pesar de incurrir en dicha pérdida, continuar adelante y dar cumplimiento al objeto del contrato, a pesar de que los agentes externos que impidieron darle desarrollo normal del mismo nos llevaban a tener un detrimento en nuestro patrimonio de $11.849.087

PRUEBAS

Documentales:

Las que obran en el escrito de cargos.

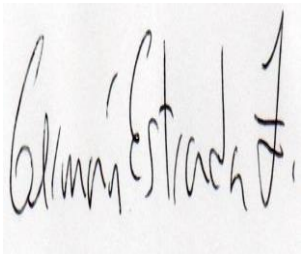
Testimoniales:

Recepcionar el testimonio del representante legal de contratista Sr. Javier Orlando Cifuentes Pedraza, quien estará presente en la audiencia.

En desarrollo de lo anterior, solicito que en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se dé la oportunidad a mi representado de cumplir con el objeto del contrato, sin ningún tipo de sanción, se le reconozca un valor de $11.849.087 por la diferencia en la tasa de cambio, se dé por terminado el presente procedimiento y se absuelva a mi representado.

Como petición subsidiaria solicito que en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se dé la oportunidad a mi representado de cumplir con el objeto del contrato, sin ningún tipo de sanción, no se le reconozca un valor de $11.849.087 por la diferencia en la tasa de cambio, se dé por terminado el presente procedimiento y se absuelva a mi representado.

Atentamente,



GERMAN ESRADA ZULUAGA
c.c. 10264838 t.p. 56.420 CSJ