

RESOLUCIÓN NÚMERO 009457
(09 NOV 2023)

"Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

ASUNTO:	PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL
Orden de Compra No.	80276 de 2021
Acuerdo Marco de Precios:	Acuerdo Marco de Precios CCE-972- AMP– 2019
CONTRATANTE:	UAE-DIAN
CONTRATISTA:	ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8
ASEGURADORA:	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NIT 890.903.407-9
GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO No.	3210277–5
SUPERVISOR:	Dra. Patricia González Vasco, Directora Seccional de Impuestos de Bogotá durante la ejecución de la orden de compra del 01 de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2022 ¹

LA SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

En ejercicio de las facultades legales, y en especial las conferidas por los Art. 3, 4 y 14 de la Ley 80 de 1993, Art. 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007, Art. 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, Art. 86 de la Ley 1474 de 2011 y Art. 2, Num. 8, 9, 10 y 11 de la Resolución No. 000089 de 2021 del Director General de la DIAN, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

- 1.1.** La **UAE-DIAN** realizó la orden de Compra OC-80276 mediante el proceso CCE-972-AMP-2019 cuyo objeto era *"Contratar el Servicio integral de aseo y cafetería a nivel nacional, mediante la modalidad de Órdenes de Compra a través de Colombia Compra Eficiente, al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972- AMP– 2019, para todas las dependencias e inmuebles de la Entidad. Bogotá D.C. – Impuestos"* por un valor inicial de **\$1.136.132.818,52** con un plazo de ejecución inicial de ocho (8) meses a partir del 01 de diciembre de 2021 hasta 31 de julio de 2022, que luego se extendió hasta el 30 de noviembre de 2022.
- 1.2.** La **UAE-DIAN** a través de la supervisora designada, la doctora **PATRICIA GONZÁLEZ VASCO**, Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y la empresa **ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8** suscribieron el acta de inicio el 01 de diciembre de 2021, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización.
- 1.3.** **ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8** constituyó la **PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 3210277–5** del 24 de noviembre de 2021 y de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 0800783-1, expedidas por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NIT 890.903.407-9**.

2- INFORME DEL SUPERVISOR SOBRE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE COMPRA

¹ A partir del 07 de julio de 2023 la supervisión está a cargo de la Dra. Janeth Teresa Serrano Bermonth en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Mediante radicado virtual No. 000I2022904412 del 12 de abril de 2022, la oficina de correspondencia radica ante la Subdirección de Compras y Contratos de la **UAE-DIAN** el Oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de marzo de 2022, mediante el cual la supervisión del contrato informa el **"PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE COMPRA OC-80276 DEL PROCESO No. CCE-972-AMP-2019 Y SOLICITUD DE INICIO DE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL"** que se adjunta como anexo No. 7 de la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en el que se informa:

“4. HECHOS GENERADORES DE POSIBLE INCUMPLIMIENTO:

La Supervisión de la Orden de Compra No. 80276 informa el presunto incumplimiento de **ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8** de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 7 literal (g)², cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26³, cláusula 11.43⁴, cláusula 11.44⁵ y cláusula 11.57⁶ del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, como se describe a continuación:

4.1. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 1:

- 4.1.1. De conformidad con la Cláusula 7, literal k del **AMP CCE-972-AMP-2019, ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8** tenía la obligación de iniciar la prestación del Servicio Integral de Aseo y Cafetería en las instalaciones de la Entidad Compradora dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la colocación de la Orden de Compra, o en la fecha indicada por la Entidad Compradora en la Solicitud de Cotización, siempre que esta sea posterior. El Proveedor debía prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería **"con todos los insumos y los elementos, equipos y maquinaria solicitados, desde el primer día de inicio de la operación"**.
- 4.1.2. De conformidad con la cláusula 11.43 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, **ASEAR S.A. E.S.P.** tiene la obligación de "Entregar los Bienes de Aseo y Cafetería requeridos en la Orden de Compra en las instalaciones de la Entidad Compradora y en las fechas y/o periodos definidos por la Entidad Compradora y el Proveedor en el Documento de Inicio".
- 4.1.3. El Acta de Inicio de la Orden de Compra No. 80276 fue firmada el 01 de diciembre de 2021 y en dicha acta **ASEAR S.A. E.S.P.** se comprometió a entregar a la Supervisora el 02 de diciembre de 2021, los insumos, dotación y maquinaria con la que prestaría su servicio en la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá <ver Anexo No. 1>
- 4.1.3(sic) La Supervisión de la Orden de Compra requirió a ASEAR S.A. E.S.P. la entrega de estos bienes, mediante correos electrónicos del 24 de noviembre <ver Anexo No. 3> y el oficio 1-32-000-201- 01 del 07 de enero de 2022 <Ver Anexo No. 4>, sin obtener respuesta alguna, evidenciándose adicionalmente, un presunto incumplimiento por parte de ASEAR S.A. E.S.P. del Anexo 1 "Actividades, nivel de servicio y resultados del Servicio Integral de Aseo y Cafetería", literal f) "Niveles de respuesta y de servicio" del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, que establece que la respuesta y solución a solicitudes relacionadas con el servicio de aseo y cafetería debe ser en máximo 24 horas, y de no ser posible lo anterior, ASEAR S.A. E.S.P. debía informar al Supervisor del contrato, justificando el tiempo adicional requerido, para ejecutar la solicitud en el menor tiempo posible.
- 4.1.4. Respecto del cumplimiento de la obligación **"prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería con todos los insumos y los elementos, equipos y maquinaria solicitados, desde el primer día de inicio de la operación"** (Cláusula 7, literal k del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019), la Supervisión de la Orden de Compra mediante oficio 1-32-000-201- 01 del 07 de enero de 2022 reportó a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 <Contratista>, a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT 890.903.407-9 <Garante> y al Subdirector de Compras y Contratos de la DIAN <Ordenador del Gasto de la DIAN>, que de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR S.A. E.S.P. debía entregar el 01 de diciembre de 2021 a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá en las cinco (5) Sedes, con corte al 31 de

² El Proveedor debe cumplir con los requisitos establecidos en las fichas técnicas incluidas en los anexos 1, 2, 3, 4 y 5 del pliego de condiciones

³ El proveedor debe Cumplir con las disposiciones del Acuerdo Marco durante la vigencia de todas las Órdenes de Compra, aun cuando estas excedan la vigencia del Acuerdo Marco

⁴ El Proveedor debe entregar los Bienes de Aseo y Cafetería requeridos en la Orden de Compra en las instalaciones de la Entidad Compradora y en las fechas y/o periodos definidos por la Entidad Compradora y el Proveedor en el Documento de Inicio.

⁵ Prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería con los Bienes de Aseo y Cafetería con elementos, equipos y maquinaria en buenas condiciones de tal forma que no representen un obstáculo para la ejecución eficiente de las labores del personal.

⁶ Responder a los reclamos, consultas y/o solicitudes de las Entidades Compradoras eficaz y oportunamente, de acuerdo con lo establecido en el presente documento. Considerar a cada una de las Entidades Compradoras como clientes prioritarios

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

diciembre de 2021 solo había entregado 201 (es decir el 7,49%) y que para esa fecha se encontraba en mora de entregar 2.483 bienes (es decir el 92.51%) evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019.

- 4.1.5. Con corte al 31 de enero de 2022 el contratista no dio respuesta al oficio 1-32-000-201- 01 del 07 de enero de 2022, ni cumplimiento pleno a las obligaciones contractuales reportadas como presuntamente incumplidas. Así, de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR S.A. E.S.P. debía entregar a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, con corte al 31-01-2022 solo entregó 1.034 (es decir el 38,52%) y estaba en mora de entregar 1650 bienes (es decir el 61.48%), evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019.
- 4.1.6. Con corte al 28 de febrero de 2022, el contratista no dio respuesta al oficio 1-32-000-201- 01 del 07 de enero de 2022, ni cumplimiento a las obligaciones contractuales reportadas como presuntamente incumplidas. Así, de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR S.A. E.S.P. debía entregar a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, con corte al 28-02-2022 entregó 2.670 (es decir, el 99.47%), y estaba en mora de entregar 14 bienes (es decir, el 0.52%), evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019.
- 4.1.7. Solo hasta el día 8 de marzo de 2022 el contratista cumplió el 100% de esta obligación, al entregar los **2.684** bienes (elementos y maquinaria), que debieron ser entregados desde el 01 de diciembre de 2021 a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, es decir, que **ASEAR S.A. E.S.P.** cumplió su obligación contractual con tres (3) meses y siete (7) días de mora.

Por lo anterior, **ASEAR S.A. E.S.P.** durante tres (3) meses y siete (7) días de los ocho (8) meses que corresponden al plazo total de ejecución del contrato, no cumplió las obligaciones consagradas en la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019.

Consecuencias del presunto incumplimiento:

- 4.1.8. De conformidad con la cláusula 6, literal r), numeral 2) del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, la DIAN en su calidad de "Entidad Compradora" puede dar por terminada la Orden de Compra unilateralmente, si **ASEAR S.A. E.S.P.** está en mora de diez (10) días calendario, de cumplir la obligación de entregar los Bienes de Aseo y Cafetería de acuerdo con el numeral 11.43 de la cláusula 11 del Acuerdo Marco.
- 4.1.9. De conformidad con la cláusula 19.2 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, la DIAN en su calidad de "Entidad Compradora" puede imponer a **ASEAR S.A. E.S.P.** multa de hasta el 10% del valor de la Orden de Compra, cuando **ASEAR S.A. E.S.P.** incumpla alguna de las obligaciones específicas referidas en los numerales 11.28 al 11.66 al del Acuerdo Marco.

El pago de dicha multa no exonera a **ASEAR S.A. E.S.P.** de ejecutar las obligaciones a su cargo en virtud de la suscripción del Acuerdo Marco y de la Orden de Compra.

Como **ASEAR S.A. E.S.P.** cumplió su obligación contractual desde el 08 de marzo de 2022, a la fecha no es necesario adelantar un proceso administrativo sancionatorio contractual para conminar el cumplimiento de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019.

Sin embargo, los tres (3) meses y siete (7) días durante los cuales **ASEAR S.A. E.S.P.** no cumplió la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, a la fecha no se pueden subsanar y deben ser indemnizados por el contratista con cargo a la cláusula penal.

- 4.1.10. De conformidad con la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, la DIAN en su calidad de "Entidad Compradora" puede hacer efectiva la Cláusula Penal por una suma equivalente a de hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra que incumplió. La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de la Entidad Compradora, cuando el Proveedor incurra en una mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones.
- En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de la DIAN <Entidad Compradora>. El pago o deducción de la cláusula penal no exonera a **ASEAR S.A. E.S.P.** del cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco, ni de la Orden de Compra (cláusula 20).

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Los tres (3) meses y siete (7) días durante los cuales ASEAR S.A. E.S.P. no cumplió la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, a la fecha no se pueden subsanar y deben ser indemnizados por el contratista con cargo a la cláusula penal.

Por lo anterior, se solicita al Subdirector de Compras y Contratos de la DIAN iniciar dentro del menor término posible, proceso administrativo sancionatorio contractual para declarar el incumplimiento del contrato por parte de ASEAR S.A. E.S.P. y hacer efectiva la cláusula penal pactada, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, durante los meses de diciembre de 2021, enero, febrero y siete (7) días de marzo de 2022, que corresponde al término durante el cual el contratista no cumplió su obligación, hasta por el valor de \$113.613.281,85 (10% del valor de la Orden de Compra), de conformidad con el procedimiento establecido en el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

Periodo	Cantidad contratada	Cumple		No cumple		Cláusula Penal			
		Cantidad	%	Cantidad	%	8 meses	1 mes	% no cumplido	Aplicación proporcional
Diciembre	2684	201	7,4888	2483	92,51	\$113.613.282	\$14.201.660	92,51	13.138.123
Enero	2684	1034	38,525	1650	61,48		\$14.201.660	61,48	8.730.529
Febrero	2684	2670	99,478	14	0,522		\$14.201.660	0,522	74.077
marzo	2684	2670	99,478	14	0,522		\$3.313.721	0,522	17.285
									21.868.652

Nota: La sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, tendrán como tope mensual, el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir \$14.201.660

4.2. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 2:

La Supervisión de la Orden de Compra No. 80276 informa el presunto incumplimiento de ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 7 literal (g)⁷, Cláusula 11.26⁸ y cláusula 11.49⁹ del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, como se describe a continuación:

- 4.2.1. De conformidad con la cláusula 11.49, ASEAR S.A. E.S.P. tiene la obligación de cumplir con las actividades y los resultados establecidos en el Anexo 1 del pliego de condiciones y "poner a disposición de la Entidad Compradora el personal que cumpla con el perfil, funciones y formación establecidos en el Anexo 2 del pliego de condiciones"
- 4.2.2. Para la suscripción del acta de inicio, ASEAR SA ESP entregó a la Supervisora, la afiliación a la ARL de 41 de los 65 operarios con los que ejecutaría el contrato, y se comprometió a efectuar las afiliaciones correspondientes a las EPS y a las AFP en el transcurso del día (01 de diciembre de 2021), para entregar a la Supervisora la evidencia de dichas afiliaciones, a más tardar el 02 de diciembre de 2021.
- 4.2.3. El Acta de Inicio de la Orden de Compra No. 80276 fue firmada el 01 de diciembre de 2021, y en dicha acta, ASEAR S.A. E.S.P. se comprometió a entregar a la Supervisora dentro del menor término posible, la relación de los 28 operarios de Aseo Y Cafetería y del coordinador que faltaban, con la correspondiente acreditación de su afiliación a la ARL, EPS y AFP, teniendo en cuenta que el pago que la DIAN efectuaría correspondería al servicio efectivamente prestado por cada operario y/o coordinador durante el mes y proporcional por fracción de tiempo.

Consecuencias del presunto incumplimiento:

⁷ El Proveedor debe cumplir con los requisitos establecidos en las fichas técnicas incluidas en los anexos 1, 2, 3, 4 y 5 del pliego de condiciones

⁸ El proveedor debe Cumplir con las disposiciones del Acuerdo Marco durante la vigencia de todas las Órdenes de Compra, aun cuando estas excedan la vigencia del Acuerdo Marco

⁹ Cumplir con las actividades y los resultados establecidos en el Anexo 1 del pliego de condiciones y poner a disposición de la Entidad Compradora el personal que cumpla con el perfil, funciones y formación establecidos en el Anexo 2 del pliego de condiciones

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

4.2.4. De conformidad con la cláusula 19.2 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, la DIAN en su calidad de "Entidad Compradora" puede imponer a ASEAR S.A. E.S.P. multas de hasta el 10% del valor de la Orden de Compra, cuando ASEAR S.A. E.S.P. incumpla alguna de las obligaciones específicas referidas en los numerales 11.28 al 11.66 al del Acuerdo Marco.

El pago de dichas multas no exonera a ASEAR S.A. E.S.P. de ejecutar las obligaciones a su cargo en virtud de la suscripción del Acuerdo Marco y de la Orden de Compra

Por lo anterior, se solicita al Subdirector de Compras y Contratos de la DIAN iniciar dentro del menor término posible, proceso administrativo sancionatorio contractual para conminar al contratista ASEAR S.A. E.S.P. al cumplimiento en lo sucesivo, de las obligaciones establecidas en obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 7 literal (g), Cláusula 11.26 y cláusula 11.49 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, mediante la disponibilidad permanente de la totalidad del personal, según lo pactado, so pena de la imposición de multa hasta \$113.613.281,85 (10% del valor de la Orden de Compra), de conformidad con el procedimiento establecido en el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

4.2.5. De conformidad con la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, la DIAN en su calidad de "Entidad Compradora" puede hacer efectiva la Cláusula Penal por una suma equivalente a de hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra que incumplió. La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de la Entidad Compradora, cuando el Proveedor incurra en una mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones.

En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de la DIAN <Entidad Compradora>. El pago o deducción de la cláusula penal no exonera a ASEAR S.A. E.S.P. del cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco, ni de la Orden de Compra (cláusula 20)

Por lo anterior, se solicita al Subdirector de Compras y Contratos de la DIAN iniciar dentro del menor término posible, proceso administrativo sancionatorio contractual para declarar el incumplimiento del contrato por parte de ASEAR S.A. E.S.P. y hacer efectiva la cláusula penal pactada, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 7 literal (g), Cláusula 11.26 y cláusula 11.49 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, durante los meses de diciembre de 2021, enero y febrero de 2022, hasta por el valor de \$113.613.281,85 (10% del valor de la Orden de Compra), de conformidad con el procedimiento establecido en el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

Dic	Cantidad contratada	Cumple		No cumple		Cláusula Penal			
		Cantidad	%	Cantidad	%	8 meses	1 mes	% no cumplido	Aplicación proporcional
1	65	18	27,692	47	72,31	\$113.613.282	\$14.201.660	72,31	331.255
2	65	39	60	26	40			40	183.247
3	65	43	66,154	22	33,85			33,85	155.055
4	65	43	66,154	22	33,85			33,85	155.055
5	65	43	66,154	22	33,85			33,85	155.055
6	65	43	66,154	22	33,85			33,85	155.055
7	65	43	66,154	22	33,85			33,85	155.055
8	65	43	66,154	22	33,85			33,85	155.055
9	65	43	66,154	22	33,85			33,85	155.055
10	65	45	69,231	20	30,77			30,77	140.959
11	65	45	69,231	20	30,77			30,77	140.959
12	65	45	69,231	20	30,77			30,77	140.959
13	65	45	69,231	20	30,77			30,77	140.959
14	65	45	69,231	20	30,77			30,77	140.959
15	65	46	70,769	19	29,23			29,23	133.911
16	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.868

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

17	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
18	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
19	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
20	65	48	73,846	17	26,15			26,15	119.815
21	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
22	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
23	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
24	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
25	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
26	65	47	72,308	18	27,69			27,69	126.863
27	65	48	73,846	17	26,15			26,15	119.815
28	65	48	73,846	17	26,15			26,15	119.815
29	65	48	73,846	17	26,15			26,15	119.815
30	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
31	65	48	73,846	17	26,15			26,15	119.815
									4.419.077

Ene	Cantidad contratada	Cumple		No cumple		Cláusula Penal			
		Cantidad	%	Cantidad	%	8 meses	1 mes	% no cumplido	Aplicación proporcional
1	65	48	73,846	17	26,15	\$113.613.282	\$14.201.660	26,15	119.815
2	65	48	73,846	17	26,15			26,15	119.815
3	65	48	73,846	17	26,15			26,15	119.815
4	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
5	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
6	65	50	76,923	15	23,08			23,08	105.720
7	65	50	76,923	15	23,08			23,08	105.720
8	65	50	76,923	15	23,08			23,08	105.720
9	65	50	76,923	15	23,08			23,08	105.720
10	65	50	76,923	15	23,08			23,08	105.720
11	65	50	76,923	15	23,08			23,08	105.720
12	65	50	76,923	15	23,08			23,08	105.720
13	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
14	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
15	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
16	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
17	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
18	65	49	75,385	16	24,62			24,62	112.768
19	65	54	83,077	11	16,92			16,92	77.528
20	65	55	84,615	10	15,38			15,38	70.480
21	65	59	90,769	6	9,231			9,231	42.288
22	65	59	90,769	6	9,231			9,231	42.288
23	65	59	90,769	6	9,231			9,231	42.288

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

marzo	Cantidad contratada	Cumple		No cumple		Cláusula Penal					
		Cantidad	%	Cantidad	%	8 meses	1 mes	% no cumplido	Aplicación proporcional		
1	65	65	100	0	0	\$113.613.282	\$14.201.660	0		0	
2	65	65	100	0	0			0		0	
3	65	65	100	0	0			0		0	
4	65	65	100	0	0			0		0	
5	65	65	100	0	0			0		0	
6	65	65	100	0	0			0		0	
7	65	65	100	0	0			0		0	
8	65	65	100	0	0			0		0	
9	65	65	100	0	0			0		0	
10	65	65	100	0	0			0		0	
11	65	65	100	0	0			0		0	
12	65	65	100	0	0			0		0	
13	65	65	100	0	0			0		0	
14	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
15	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
16	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
17	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
18	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
19	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
20	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
21	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
22	65	64	98,462	1	1,538					1,538	7,048
23	65	65	100	0	0					0	0
24	65	65	100	0	0					0	0
25	65	65	100	0	0					0	0
26	65	65	100	0	0					0	0
27	65	65	100	0	0					0	0
28	65	65	100	0	0					0	0
29	65	65	100	0	0					0	0
30	65	65	100	0	0					0	0
31	65	65	100	0	0					0	0
									63.432		

Nota: La sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, tendrán como tope mensual, el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir **\$14.201.660**

4.3. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 3:

4.3.1. De conformidad con el **Anexo 1 – “Actividades, nivel de servicio y resultados del Servicio Integral de Aseo y Cafetería”, literal F “Niveles de respuesta y de servicio -Reemplazos del personal”,**

Reemplazo temporal del personal ausente por cuenta de retrasos, incapacidades, licencias, vacaciones, retiros y otras causas debidamente justificadas que no permitan el cumplimiento de los

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

horarios acordados para la prestación del servicio en máximo en un (1) día hábil después del turno acordado con la Entidad Compradora para las Regiones de Cobertura de la 1 a la 11, y de (2) días hábiles para las Regiones de Cobertura de la 12 a la 18.

Como Bogotá se encuentra en la Región No. 11 del AMP, en consecuencia, el término que tiene ASEAR S.A. E.S.P., para reemplazar la ausencia de su personal, es de un (1) día hábil.

Del 1 de enero al 28 de febrero de 2022, se presentaron las siguientes incapacidades, permisos y renunciaciones del personal de ASEAR S.A. E.S.P., que no fueron cubiertas de manera oportuna, e implicaron la no prestación del servicio en las condiciones pactadas, por causas atribuibles de manera exclusiva al contratista:

- 4.3.1.1. la señora LUZ DARY BELTRÁN, CC 52827600, tuvo ausentismo los días 24 y 25 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 1 día de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 4.3.1.2. la señora ANDREA NAYARITH CASALLA BUSTOS, CC 53103685, tuvo ausentismo los días 24, 25 y 26 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 2 días de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 4.3.1.3. la señora YULI ESMERALDA RAMÍREZ PULIDO, CC 1023897358, tuvo ausentismo los días 24, 25 y 26 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 2 días de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 4.3.1.4. la señora SHIRLEY ORTEGA, CC 40505312, tuvo ausentismo los días 5, 6, 7, 11 y 12 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 4 días de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 4.3.1.5. la señora MIREYA HILARION UREGO, CC 52442357, tuvo ausentismo los días 19, 20, 21, 24 y 25 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 4 días de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 4.3.1.6. la señora CLAUDIA CASTELLANOS RAMÍREZ, CC 52251035, tuvo ausentismo el día 11 de febrero de 2022, sin reemplazo.
- 4.3.1.7. la señora LEONICIA CRUZ BLANCO, CC 63483159, tuvo ausentismo del 2 de febrero al 3 de marzo de 2022, de los cuales solo tuvo reemplazo ocho (8) días, razón por la que no hubo prestación del servicio contratado durante veintidós (22) días.
- 4.3.1.8. la señora FABIOLA ELIZABETH DÍAZ ROJAS, CC 35524481, tuvo ausentismo del 22 de febrero al 7 de marzo de 2022, de los cuales solo tuvo reemplazo cuatro (4) días, razón por la que no hubo prestación del servicio contratado durante cinco (5) días.
- 4.3.1.9. la señora YULY ANDREA GIRAL ROMERO, CC 53042152, tuvo ausentismo el día 2 y 4 de febrero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 1 día de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 4.3.1.10. la señora MARTHA LILIANA MORA RODRÍGUEZ, CC 53014872, tuvo ausentismo el día 7 y 8 de febrero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 1 día de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.

Consecuencias del presunto incumplimiento:

De conformidad con la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, la DIAN en su calidad de "Entidad Compradora" puede hacer efectiva la Cláusula Penal por una suma equivalente a de hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra que incumplió. La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de la Entidad Compradora, cuando el Proveedor incurra en una mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones.

En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de la DIAN <Entidad Compradora>. El pago o deducción de la cláusula penal no exonera a ASEAR S.A. E.S.P. del cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco, ni de la Orden de Compra (cláusula 20)

Por lo anterior, se solicita al Subdirector de Compras y Contratos de la DIAN iniciar dentro del menor término posible, proceso administrativo sancionatorio contractual para declarar el incumplimiento del contrato por parte de ASEAR S.A. E.S.P. y hacer efectiva la cláusula penal pactada, por el incumplimiento de las obligaciones

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

contractuales establecidas en el Anexo 1 – “Actividades, nivel de servicio y resultados del Servicio Integral de Aseo y Cafetería”, literal F “Niveles de respuesta y de servicio -Reemplazos del personal” del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, durante los meses de enero y febrero de 2022, hasta por el valor de \$113.613.281,85 (10% del valor de la Orden de Compra), de conformidad con el procedimiento establecido en el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

Periodo	Días en los que debió cumplirse el reemplazo	Cumple		No cumple		Cláusula Penal			
		Días	%	Días	%	8 meses	(1 mes/30/65)* días no cumple	% no cumplido	Aplicación proporcional
Enero	9	0	0	9	100	\$113.613.282	\$65.546	100	65.546
Febrero	34	5	14,706	29	85,29		\$211.204	85,29	180.145
									245.691

Nota: La sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, tendrán como tope mensual, el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir \$14.201.660, así:

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

3- CITACIÓN AL CONTRATISTA Y A SU GARANTE A AUDIENCIA

3.1. Mediante oficio 100151189 -000921 del 9 de junio de 2023, el SUBDIRECTOR DE COMPRAS Y CONTRATOS de la UAE-DIAN comunicó al contratista ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 y a su garante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT 890.903.407-9, la iniciación de un procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento del Orden de Compra No. 80276 de 2021 que podría traer como consecuencia la imposición de la declaratoria del incumplimiento parcial del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pactada, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

3.2. A esta comunicación se anexaron para conocimiento del contratista y su garante, los siguientes documentos:

Anexo 1	Acta de Inicio	2 pág.
Anexo 2	Correo electrónico del 30 de noviembre de 2022	2 pág.
Anexo 3	Oficio 1-32-000-201-01 de enero 07 de 2022	8 pág.
Anexo 4	Correo electrónico del 26 de enero de 2022	5 pág.
Anexo 5	Correo electrónico del 16 de febrero de 2022	3 pág.
Anexo 6	Correo electrónico del 17 de febrero de 2022	5 pág.
Anexo 7	Informe de presunto incumplimiento del contrato presentado por la supervisora mediante oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de marzo de 2022	13 pág.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

3.3. El oficio de citación y sus anexos fueron notificados por la **UAE-DIAN** al correo electrónico del contratista asearamp@asearesp.com

3.4. El oficio de citación y sus anexos fueron notificados por la **UAE-DIAN** al correo electrónico de la aseguradora gerenciagenerales@blinseguros.com y notificacionesjudiciales@suramericana.com.co

4. DEBIDO PROCESO.

4.1. 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, este Despacho, para garantizar el derecho de contradicción y de defensa valora los argumentos, alegatos y pruebas presentados por el contratista y su garante, así como las pruebas ordenadas dentro del proceso, para decidir si en ejecución del contrato existe o no a la fecha incumplimiento o mora atribuible contratista, que faculte la imposición de la multa pactada.

4.2. 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 GENERAL** de la **UAE-DIAN** mediante la **RESOLUCIÓN No. 000089 DE 2021** delegó en el **SUBDIRECTOR DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **UAE-DIAN** la competencia para adelantar el procedimiento previsto legalmente para declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios derivados de él, imponer multas y sanciones pactadas en los contratos celebrados en el Nivel Central de la Entidad, entre los cuales se encuentra la **ORDEN DE COMPRA No. 80276 DE 2021** colocada a **ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8**, así como para hacer efectiva la cláusula penal pactada en el mismo contrato, cuando ello resulte procedente conforme a la ley.

4.3. Así, mediante los numerales 8, 9, 10 y 11 del artículo 2 de la Resolución No. 000089 del 03 de septiembre de 2021, el **DIRECTOR GENERAL** de la **UAE-DIAN** delegó en el **SUBDIRECTOR DE COMPRAS Y CONTRATOS** la competencia para:

"ARTÍCULO 2. Delegar en el **SUBDIRECTOR DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **UAE-DIAN** la competencia para ejercer las siguientes funciones:

(...) 8. Adelantar y decidir los procedimientos sancionatorios contractuales que busquen imponer multas, cuantificar perjuicios, declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pactada, o declarar la caducidad de los contratos celebrados por UAE-DIAN en el Nivel Central, obrando como delegado del Director General en el desarrollo de la audiencia a la que hace referencia el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, desde su inicio y hasta su terminación, con observancia plena del derecho al debido proceso del contratista y su garante. Esta delegación incluye la emisión de actos administrativos debidamente motivados, según el caso, y demás documentos necesarios para adelantar con eficiencia y celeridad los procesos sancionatorios contractuales del Nivel Central.

9. Enviar mensualmente a la Cámara de Comercio la información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual de que trata el artículo 6 numeral 6.2 de la Ley 1150 de 2007 y artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 de los contratos celebrados por la UAE-DIAN en el Nivel Central

10. Comunicar a la Cámara de Comercio y la Procuraduría General de la Nación del respectivo domicilio la información de que trata el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 19 de 2012 (publicación de los actos y sentencias sancionatorias).

11. Adelantar y decidir los procesos administrativos para la declaratoria de siniestros amparados en las garantías precontractuales, contractuales y postcontractuales adquiridas por los proponentes y/o contratistas del Nivel Central, y ordenar su pago cuando corresponda, mediante la expedición de actos administrativos debidamente motivados, con observancia plena del derecho al debido proceso de las partes intervinientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 y demás normas que lo aclaren o modifiquen"

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

4.4. Cualquier insuficiencia en las pruebas practicadas debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio, en aplicación del principio in dubio pro administrado¹⁰.

Por lo anterior, no basta el vencimiento objetivo del plazo de ejecución pactado para concluir que existe un incumplimiento atribuible al contratista, sino que se debe evidenciar su "culpabilidad", valorando causales de antijuridicidad y exculpación, en observancia del derecho de defensa y contradicción y del principio de presunción de inocencia.

Así, el criterio daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados (Art. 50-1 de la Ley 1437 de 2011) es la ratificación de que el ejercicio de la potestad sancionatoria está sujeta a la verificación del elemento "antijuridicidad" de la infracción, sin el cual no puede deducirse sanción alguna, y que implica que la falta de concurrencia de causas de justificación de una conducta típicamente sancionable¹¹.

4.5. En el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado se ha garantizado el debido proceso del contratista y su garante, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículos 35 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

4.6. 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 desconocería la presunción de inocencia consagrada en el artículo 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 demostrada¹².

4.7. 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 como 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 constitución¹³.

4.8. La audiencia a la que hace referencia el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, inició con la participación del contratista, su garante y el supervisor, audiencia iniciada el 26 de junio de 2023 (sesión 1), suspendida y reanudada el 21 de julio de 2023 (sesión 2), suspendida y reanudada el 22 de septiembre de 2023 (sesión 3), suspendida y reanudada el 05 de octubre de 2023 (sesión 4) y suspendida y reanudada el 09 de noviembre de 2023 (sesión 5).

4.9. En el proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado, el contratista y su garante **(i)** fueron informados en detalle y con los soportes correspondientes, de los hechos en los que se fundaba la consideración de que el contrato se había presuntamente incumplido; **(ii)** tuvieron la oportunidad de presentar sus descargos, de aportar y controvertir pruebas, y de presentar sus

¹⁰ Nieto García, Alejandro, Derecho Administrativo sancionador, Madrid, Tecnos, 2012, p.368

¹¹ Carretero Pérez, Adolfo, Derecho administrativo sancionador, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, p. 249

¹² Laverde Alvarez, Juan Manuel, manual de procedimiento administrativo sancionatorio, Legis Editores S.A., 2016, primera edición, p.150

¹³ 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 punendi, consultar Corte Constitucional, sentencia C-117 de 22 de febrero de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

alegatos; **(iii)** conocerán en audiencia la decisión adoptada mediante resolución motivada; y **(iv)** podrán presentar contra la decisión recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia.

4.10. Para resolver el proceso administrativo sancionatorio contractual se tendrán en cuenta: **(i)** Las obligaciones informadas por la supervisora como presuntamente incumplidas, con su correspondiente sustentación; **(ii)** Los argumentos presentados por el contratista y su aseguradora en audiencia, tanto en sus descargos, como la contradicción de las pruebas y alegatos; y **(iii)** Las pruebas ordenadas, aportadas y practicadas dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado.

5. CLÁUSULA PENAL – NATURALEZA INDEMNIZATORIA Y OPORTUNIDAD PARA HACERLA EFECTIVA

5.1. De conformidad con el Art. 1592 del Código Civil Colombiano, la cláusula penal es *"aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal"*.

5.1.1. De conformidad con el Art. 1595 del Código Civil: *"Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse"*.

5.1.2. De conformidad con el Art. 1599 del Código Civil¹⁴, la exigibilidad de la pena no depende de si el incumplimiento de la obligación ocasionó o no un perjuicio a la **UAE-DIAN**.

5.1.3. De conformidad con el Art. 1600 del Código Civil, no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor (DIAN) pedir la indemnización o la pena.

5.2. Aplicación del principio de Proporcionalidad:

Para hacer efectiva la cláusula penal pactada la UAE-DIAN aplica el principio de proporcionalidad, de conformidad con las siguientes normas: (i) Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor (Contratista) tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte; (ii) de conformidad con el Art. 1596 del Código Civil, *"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"*; (iii) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que en la aplicación de multas, cláusula penal y tasación de perjuicios, se debe aplicar la proporcionalidad y razonabilidad; y (iv) de conformidad con el Art. 867 del Código de Comercio: *"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 de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte"*.

¹⁴ **Art. 1599 del Código Civil.** Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

5.3. Oportunidad para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pactada.

Tratándose de contratos del Estado, la declaratoria del incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pactada se puede realizar antes de la liquidación del contrato.

5.3.1. De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 la fecha límite que tiene la DIAN para efectuar la liquidación bilateral o unilateral de la ORDEN DE COMPRA No. 80276 de 2021 o para demandar su liquidación judicial, es el 31 de mayo de 2025, así:

Plazo	Fecha		Liquidación		
	Inicial	Final	Bilateral	Unilateral	Judicial
4 meses	01-12-2022	31-03-2023	SI	NO	NO
2 meses	01-04-2023	31-05-2023	SI	SI	NO
24 meses	01-06-2023	31-05-2025	SI	SI	SI

5.3.2. Por lo anterior, la UAE-DIAN puede declarar el incumplimiento de la ORDEN DE COMPRA No. 80276 de 2021 para hacer efectiva la cláusula penal pactada, porque no ha sido liquidada y no ha vencido el término máximo para efectuar su liquidación.

5.4. Oportunidad para reclamar la indemnización del siniestro amparado por la Garantía Única de Cumplimiento:

De conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio, la acción derivada del contrato de seguro tiene una prescripción ordinaria de dos (2) años, contados a partir del momento en el que el interesado (DIAN en su calidad de asegurado) haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

5.4.1. Los hechos informados por el supervisor que soportan el presunto incumplimiento parcial del contrato ocurrieron entre el 01 de diciembre de 2021 y el 31 de marzo de 2021, razón por la que el término de prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio se contarían entre el 01 de diciembre de 2023 y el 31 de marzo de 2024.

5.4.2. Por lo anterior, la UAE-DIAN puede declarar el incumplimiento de la ORDEN DE COMPRA No. 80276 de 2021 para hacer efectiva la cláusula penal pactada, para reclamar a la aseguradora la indemnización del siniestro de incumplimiento parcial del contrato, porque a la fecha de expedición y notificación del presente acto administrativo no ha prescrito la acción derivada del contrato de seguro regulada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

5.4.3. De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, la Garantía de Cumplimiento cubre a la UAE-DIAN de los perjuicios derivados de: (i) El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista y (ii) El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

5.4.4. De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe hacer efectiva la garantía de cumplimiento “Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”

6. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO INFORMADO POR EL INTERVENTOR:

Mediante radicado virtual No. 000I2022904412 del 12 de abril de 2022, la oficina de correspondencia radica ante la Subdirección de Compras y Contratos de la UAE-DIAN el Oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

marzo de 2022, mediante el cual la supervisión del contrato informa el “PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE COMPRA OC-80276 DEL PROCESO No. CCE-972-AMP-2019 Y SOLICITUD DE INICIO DE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL” que se adjunta como anexo No. 7 de la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en el que se informa:

La sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, tenían como tope mensual, el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir \$14.201.660, así:

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

7. PRUEBAS

La Subdirectora de Compras y Contratos en la **sesión 1** de la audiencia realizada el 26 de junio de 2023, manifestó que teniendo en cuenta el informe de la supervisora presentado mediante oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de marzo de 2022 y sus anexos, así como los argumentos de defensa expuestos por el Contratista y su garante en audiencia, y las pruebas por ellos solicitadas, ordenó tener como pruebas con el valor probatorio que la Ley les asigna:

- 7.1. Todos los documentos del Proceso de Contratación, que incluyen ORDEN DE COMPRA OC-80276, Estudios Previos, Acuerdo Marco de Precios, cotización, acta de inicio, pólizas, aprobación de póliza, informes mensuales de supervisión y certificaciones de cumplimiento que se presentaron mensualmente para cada uno de los pagos.
- 7.2. Los documentos presentados como prueba por la supervisora en su Informe de Presunto Incumplimiento mediante oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de marzo de 2022;
- 7.3. Los documentos presentados como prueba por el contratista en audiencia y que corresponden a:

7.3.1. Correo de remisión de acta de inicio

7.3.2. Acta de aprobación de garantías

7.3.3. Respuesta del 27 de enero de 2022

7.3.4. Constancia de leído del correo del 27 de enero de 2022

7.3.5. Respuesta 16 de diciembre de 2021

7.3.6. Respuesta 17 de diciembre de 2021

7.3.7. Respuesta 18 de diciembre de 2021

7.3.8. Programación reunión virtual enero

7.3.9. Remisión incumplimiento DIAN

7.3.10. Informe de supervisión enero

7.3.11. Informe de supervisión febrero

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- 7.3.12. Informe de supervisión marzo
- 7.3.13. Informe de supervisión abril
- 7.3.14. Planillas de seguridad social
- 7.3.15. Correos de Doña Lucila con relación al personal
- 7.3.16. Correos de Doña Lucila con relación al personal
- 7.3.17. Correos de Doña Lucila con relación al personal
- 7.3.18. Correos de Doña Lucila con relación al personal
- 7.3.19. Correos del contratista donde se relaciona personal
- 7.3.20. Correos del contratista donde se relaciona personal
- 7.3.21. Correos del contratista donde se relaciona personal
- 7.3.22. Documentación de personal para evidenciar que cumple el perfil
- 7.3.23. Documentación de personal para evidenciar que cumple el perfil
- 7.3.24. Documentación de personal para evidenciar que cumple el perfil
- 7.3.25. Documentación de personal para evidenciar que cumple el perfil
- 7.3.26. Documentación de personal para evidenciar que cumple el perfil
- 7.3.27. Documentación de personal para evidenciar que cumple el perfil
- 7.3.28. Documentación de personal para evidenciar que cumple el perfil
- 7.3.29. Oficio 1-32-000-201-115
- 7.3.30. poder
- 7.4. Los documentos aportados y solicitados como prueba por la aseguradora en audiencia y que corresponden a los siguientes:
- 7.4.1. Poder
- 7.4.2. Copia de la garantía de cumplimiento 3210277-5
- 7.4.3. Copia de las condiciones generales del seguro para entidades estatales
- 7.4.4. Certificado de existencia de SURAMERICANA
- 7.4.5. Certificación del estado administrativo, financiero, contable y jurídico del contrato, expedida por el Supervisor.
- 7.4.6. Copia del acta de inicio, actas parciales de recibo y acta de liquidación.
- 7.4.7. Certificación del supervisor de saldos adeudados por la **UAE-DIAN** al contratista **ASEAR S.A. E.S.P.**
- 7.5. En la **sesión 1** de la audiencia, la Subdirectora de Compras y Contratos de la DIAN ordenó las siguientes prueba:
- 7.5.1. Testimonio de la señora **TATIANA BERNAL SALAS**, en su calidad de Coordinadora de contratos de Bogotá por parte del contratista **ASEAR S.A. E.S.P.**.
- 7.5.2. Certificado del supervisor de saldos adeudados por la **UAE-DIAN** al contratista **ASEAR S.A. E.S.P.**
- 7.5.3. Certificación del supervisor del estado actual de la orden de compra. Se aclara que la orden de compra no ha sido liquidada.
- 7.5.4. Informe de supervisión de diciembre de 2021, enero de 2022, febrero de 2022 y marzo de 2022.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- 7.5.5. Certificaciones de cumplimiento de los meses de diciembre de 2021, enero de 2022, febrero de 2022 y marzo de 2022, que fueron presentados por la supervisión para el trámite de cada uno de los pagos.
- 7.2. En la **sesión 1** de la audiencia realizada el 26 de junio de 2023, la **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** aclaró: **(i)** que las pruebas aportadas por el supervisor, el contratista y/o su garante se incorporarán al expediente sin necesidad de acto administrativo que así lo disponga y las mismas se valorarán en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, en el acto administrativo que resuelva el proceso administrativo sancionatorio contractual y en el que resuelva el recurso de reposición, si se interpone, **(ii)** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del contratista y/o su garante sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El contratista y/o su garante contarán con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo (Art.40, L.1437/2011), **(iii)** Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil (Art.40, L.1437/2011), **(iv)** Serán rechazadas de manera motivada, la solicitud de pruebas inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente (Art.47, L.1437/2011), y **(v)** contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos (Art.40, L.1437/2011).
- 7.3. Mediante correo electrónico del 30 de junio e 2023 la Supervisora remitió al correo electrónico de la apoderada del contratista, correo electrónico del apoderado de la aseguradora y Subdirección de Compras y Contratos, los siguientes documentos:
- 7.3.1. Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de diciembre de 2021, expedido el 06 de enero de 2022, suscrito por la Dra. **PATRICIA GONZÁLEZ VASCO** en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y supervisora de la Orden de Compra y la Dra. **YAQUELINE PORTILLA CARVAJAL** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión de la orden de compra, en el que dejan las siguientes constancias:

3. INFORMACIÓN SOBRE EL AVANCE DEL CONTRATO
<i>Orden de Compra lleva un (1) meses de ejecución, es decir un 12,5% de su término, durante el cual el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas, como puede evidenciarse en el siguiente numeral 6</i>
4. NOVEDADES O SITUACIONES ANORMALES PRESENTADAS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONRATO
- <i>Novedades del personal: Se lleva a cabo el registro del personal que asiste a las sedes, a través del sistema establecido para toma de temperatura, reconocimiento facial y datos de los asistentes, aclarando que mientras dure la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19</i> - <i>Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de elementos y Maquinaria y a la fecha no han dado cumplimiento de ello (relación punto 6)</i>
5. LLAMAS (SIC) DE ATENCIÓN AL CONTRATISTA (en caso de existir)
<i>Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de personal para Aseo, Cafetería, mantenimiento y Coordinadores a y a la fecha no han dado cumplimiento con la contratación de todo el personal de Aseo y Cafetería y una Coordinadora (relación punto 6).</i>
<i>Se requirió a través del Doctor Alberto Antonio García Representante legal - ASEAR S.A E.S. que se diera cumplimiento a la orden de compra N. 80276 en la cantidad de personal y los Elementos y Maquinaria</i>

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- Diciembre 2 de 2021 – No llegó el personal completo y no entregaron soportes (Contrato-hoja de vida, EPS-, Pensiones y ARL) (Anexo solicitud)
- Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)

6. RESUMEN DE ACTIVIDADES REALIZADAS POR LA SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA

- 1- Personal Contratado

La cantidad de personal asignado a la sede es de 65, entre Aseo, Cafetería y Mantenimiento y al cierre del mes llegaron 47 (4 de Mantenimiento- 1 Coordinador y 42 Operarios de Aseo y Cafetería), habiendo dado cumplimiento en un 72%.

CARGO	CANTIDAD INICIAL DE LA ORDEN DE COMPRA 80276	CIERRE DIC 31 DE 2021	FALTANTE A DICIEMBRE 31 DE 2021
OPERARIO	59	42	17
OPERARIO DE MANTENIMIENTO	4	4	0
COORDINADORA	2	1	1
TOTAL PERSONAL	65	47	18

Insumos De acuerdo con el pedido inicial dio cumplimiento en un 100%

Elementos y Maquinaria: De los 2.829 elementos y maquinaria contratados en alquiler han entregado 204 quedando un faltante de 2.625, lo que quiere decir que han cumplido en un 7,21%

(relacionan cuadro de faltantes del mes)

7.3.2. Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de enero de 2022, expedido el 16 de febrero de 2022, suscrito por la Dra. **PATRICIA GONZÁLEZ VASCO** en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y supervisora de la Orden de Compra y la Dra. **YAQUELINE PORTILLA CARVAJAL** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión de la orden de compra, en el que dejan las siguientes constancias:

3. INFORMACIÓN SOBRE EL AVANCE DEL CONTRATO

Orden de Compra lleva dos (2) meses de ejecución, es decir un 28,57% de su término, durante el cual el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas, como puede evidenciarse en el siguiente numeral 6.

4. NOVEDADES O SITUACIONES ANORMALES PRESENTADAS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO

- Novedades del personal: se lleva a cabo el registro del personal que asiste a las sedes, a través del sistema establecido para toma de temperatura, reconocimiento facial y datos de los asistentes, aclarando que mientras dure la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19
- Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de elementos y Maquinaria y a la fecha no han dado cumplimiento de ello (relación punto 6)

5. LLAMADAS DE ATENCIÓN AL CONTRATISTA (en caso de existir)

Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de personal para Aseo, Cafetería, mantenimiento y Coordinadores a y a la fecha no han dado cumplimiento al personal de Aseo y Cafetería y una Coordinadora (relación punto 6)

Se requirió a través de Doctor Alberto Antonio García Representante legal - ASEAR S.A E.S.P. que se diera cumplimiento a la orden de compra N. 80276 en la cantidad de personal, Elementos y Maquinaria

- Diciembre 2 de 2021 – No llegó el personal completo y no entregaron soportes (Contrato-hoja de vida, EPS-, Pensiones y ARL) (Anexo solicitud)
- Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)
- Enero de 2022 - Se radicó un oficio ante la aseguradora informando sobre el posible incumplimiento

6. RESUMEN DE ACTIVIDADES REALIZADAS POR LA SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA

- 1- Personal Contratado

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

La cantidad de personal asignado a la sede es de 65, entre Aseo, Cafetería y Mantenimiento y al cierre del mes llegaron 60 (4 de Mantenimiento- 1 Coordinador y 54 Operarios de Aseo y Cafetería), habiendo dado cumplimiento en un 92%.

CARGO	CANTIDAD INICIAL DE LA ORDEN DE COMPRA 80276	CIERRE DIC 31 DE 2021	FALTANTE A DICIEMBRE 31 DE 2021
OPERARIO	59	54	5
OPERARIO DE MANTENIMIENTO	4	4	0
COORDINADORA	2	2	0
TOTAL PERSONAL	65	60	5

Insumos De acuerdo con el pedido inicial dio cumplimiento en un 78%

Elementos y Maquinaria: De los 2629 elementos y maquinaria contratados en alquiler han entregado 204 quedando un faltante de 2.625, lo que quiere decir que han cumplido en un 7,21%

(relacionan cuadro de faltantes del mes)

7.3.3. Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 28 de febrero de 2022, expedido el 11 de marzo de 2022, suscrito por la Dra. **MARIBEL TABARES CHICUNQUE¹⁵** en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y supervisora de la Orden de Compra y la Dra. **YAQUELINE PORTILLA CARVAJAL** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión de la orden de compra, en el que dejan las siguientes constancias:

3. INFORMACIÓN SOBRE EL AVANCE DEL CONTRATO

Orden de Compra lleva Tres (3) meses de ejecución, es decir un 37,50% de su término, durante el cual el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas, como puede evidenciarse en el siguiente numeral 6.

4. NOVEDADES O SITUACIONES ANORMALES PRESENTADAS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO

- Novedades del personal: se lleva a cabo el registro del personal que asiste a las sedes, a través del sistema establecido para toma de temperatura, reconocimiento facial y datos de los asistentes, aclarando que mientras dure la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19
- Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de elementos y Maquinaria y a la fecha no han dado cumplimiento de ello (relación punto 6)

7. LLAMADAS DE ATENCIÓN AL CONTRATISTA (en caso de existir)

El día 1 de diciembre de 2021 se dio inicio a la Orden de Compra 80276 y hasta el 23 de febrero de 2022 dieron cumplimiento a las sesenta y cinco (65) personas para ejercer las actividades de Aseo, Cafetería, mantenimiento y Coordinadores (relación punto 6, pero siguen incumplimiento el abastecimiento de INSUMOS y la entrega total de la Maquinaria, por ello se le comunicó en varias oportunidades al Doctor Alberto Antonio García Representante legal - ASEAR S.A E.S. que se diera cumplimiento en su totalidad a esta orden en la cantidad de personas, insumos y los Elementos y Maquinaria

- Diciembre 2 de 2021 – No llegó el personal completo y no entregaron soportes (Contrato-hoja de vida, EPS-, Pensiones y ARL) (Anexo solicitud)
- Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)
- Enero de 2022 - Se radicó un oficio ante la aseguradora informando sobre el posible incumplimiento
- Enero 17 de 2022 - Para el ingreso de Personal Nuevo a las Instalaciones de la DIAN para dar cumplimiento a la Orden de Compra 80276
- Enero 26 de 2022 - Incumplimiento Orden de Compra 80276 de servicio integral de Aseo y Cafetería como lo define el acuerdo marco (CCE-972-AMP-2019)
- Febrero 16 de 2022 -: Incumplimiento Orden de Compra 80276 de servicio integral de Aseo y Cafetería como lo define el acuerdo marco (CCE-972-AMP-2019)
- Febrero 17 de 2022- Incumplimiento Orden de Compra 80276 de servicio integral de Aseo y Cafetería

¹⁵ Resolución No. 001568 del 01 de marzo de 2022

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

como lo define el acuerdo marco (CCE-972-AMP-2019)			
8. RESUMEN DE ACTIVIDADES REALIZADAS POR LA SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA			
- 1- Personal Contratado			
se completó la totalidad del personal (65) el día 23 de febrero de 2022, habiendo dado cumplimiento a un 100%, así			
CARGO	CANTIDAD INICIAL DE LA ORDEN DE COMPRA 80276	CIERRE DIC 31 DE 2021	FALTANTE A DICIEMBRE 31 DE 2021
OPERARIO	59	59	1 INCAPACIDAD SIN REEMPLAZO
OPERARIO DE MANTENIMIENTO	4	4	0
COORDINADORA	2	2	0
TOTAL PERSONAL	65	65	
Insumos De acuerdo con el pedido inicial dio cumplimiento en un 71%			
Elementos y Maquinaria: De los 2629 elementos y maquinaria contratados en alquiler han entregado 2851 quedando un faltante de trece (13), (porque entregaron una maquinaria en mal estado), lo que quiere decir que han cumplido en un 99, 5%			
(relacionan cuadro de faltantes del mes)			

7.3.4. Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de marzo de 2022, expedido el 12 de abril de 2022, suscrito por la Dra. **PATRICIA GONZÁLEZ VASCO** en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y supervisora de la Orden de Compra y la Dra. **YAQUELINE PORTILLA CARVAJAL** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión de la orden de compra, en el que dejan las siguientes constancias:

3. INFORMACIÓN SOBRE EL AVANCE DEL CONTRATO
Orden de Compra lleva Tres (3) meses de ejecución, es decir un 37,50% de su término, durante el cual el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas, como puede evidenciarse en el siguiente numeral 6.
4. NOVEDADES O SITUACIONES ANORMALES PRESENTADAS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONRATO
- Novedades del personal: se lleva a cabo el registro del personal que asiste a las sedes, a través del sistema establecido para toma de temperatura, reconocimiento facial y datos de los asistentes, aclarando que mientras dure la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 - Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de elementos y Maquinaria y a la fecha no han dado cumplimiento de ello (relación punto 6)
9. LLAMADAS DE ATENCIÓN AL CONTRATISTA (en caso de existir)
El día 1 de diciembre de 2021 se dio inicio a la Orden de Compra 80276 y hasta el 23 de febrero de 2022 dieron cumplimiento a las sesenta y cinco (65) personas para ejercer las actividades de Aseo, Cafetería, mantenimiento y Coordinadores (relación punto 6, pero siguen incumplimiento el abastecimiento de INSUMOS y la entrega total de la Maquinaria, por ello se le comunicado en varias oportunidades al Doctor Alberto Antonio Garcia Representante legal - ASEAR S.A E.S. que se diera cumplimiento en su totalidad a esta orden en la cantidad de personas, insumos y los Elementos y Maquinaria - Diciembre 2 de 2021 – No llegó el personal completo y no entregaron soportes (Contrato-hoja de vida, EPS-, Pensiones y ARL) (Anexo solicitud) - Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo) - Enero de 2022 - Se radicó un oficio ante la aseguradora informando sobre el posible incumplimiento - Enero 17 de 2022 - Para el ingreso de Personal Nuevo a las Instalaciones de la DIAN para dar cumplimiento a la Orden de Compra 80276 - Enero 26 de 2022 - Incumplimiento Orden de Compra 80276 de servicio integral de Aseo y Cafetería como lo define el acuerdo marco (CCE-972-AMP-2019)

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- Febrero 16 de 2022 -: Incumplimiento Orden de Compra 80276 de servicio integral de Aseo y Cafetería como lo define el acuerdo marco (CCE-972-AMP-2019) - Febrero 17 de 2022- Incumplimiento Orden de Compra 80276 de servicio integral de Aseo y Cafetería como lo define el acuerdo marco (CCE-972-AMP-2019)																							
10. RESUMEN DE ACTIVIDADES REALIZADAS POR LA SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA																							
- <u>1- Personal Contratado</u> se completó la totalidad del personal (65) el día 23 de febrero de 2022, habiendo dado cumplimiento a un 100%, así <table><tr><th>CARGO</th><th>CANTIDAD INICIAL DE LA ORDEN DE COMPRA 80276</th><th>CIERRE DIC 31 DE 2021</th><th>FALTANTE A DICIEMBRE 31 DE 2021</th></tr><tr><td>OPERARIO</td><td>59</td><td>59</td><td>1 INCAPACIDAD SIN REEMPLAZO</td></tr><tr><td>OPERARIO DE MANTENIMIENTO</td><td>4</td><td>4</td><td>0</td></tr><tr><td>COORDINADORA</td><td>2</td><td>2</td><td>0</td></tr><tr><td>TOTAL PERSONAL</td><td>65</td><td>65</td><td></td></tr></table> <u>Insumos</u> De acuerdo con el pedido inicial dio cumplimiento en un 71% <u>Elementos y Maquinaria:</u> De los 2629 elementos y maquinaria contratados en alquiler han entregado 2851 quedando un faltante de trece (13), (porque entregaron una maquinaria en mal estado), lo que quiere decir que han cumplido en un 99, 5% (relacionan cuadro de faltantes del mes)				CARGO	CANTIDAD INICIAL DE LA ORDEN DE COMPRA 80276	CIERRE DIC 31 DE 2021	FALTANTE A DICIEMBRE 31 DE 2021	OPERARIO	59	59	1 INCAPACIDAD SIN REEMPLAZO	OPERARIO DE MANTENIMIENTO	4	4	0	COORDINADORA	2	2	0	TOTAL PERSONAL	65	65	
CARGO	CANTIDAD INICIAL DE LA ORDEN DE COMPRA 80276	CIERRE DIC 31 DE 2021	FALTANTE A DICIEMBRE 31 DE 2021																				
OPERARIO	59	59	1 INCAPACIDAD SIN REEMPLAZO																				
OPERARIO DE MANTENIMIENTO	4	4	0																				
COORDINADORA	2	2	0																				
TOTAL PERSONAL	65	65																					

7.3.5. **FT-FN-2337 “Certificación de bienes y servicios recibidos”** del 06 de enero de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en diciembre de 2021, en la que se dejó la siguiente constancia:

“Certificación de recibido a satisfacción
<i>Regular, en promedio el servicio tiene una calificación del 60% en la calidad la limpieza de las instalaciones y mantenimiento locativo básico con los tres servicios Integral de Aseo y Cafetería así (72% del Personal, 100% entrega de insumos y 7,21% en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria solicitados).</i>
<i>Dotación Operario de Mantenimiento; No hicieron entrega del kit de mantenimiento, lo cual ha impedido desempeñar las funciones relacionadas con esas labores</i>
<i>De parte de la empresa compradora no se tiene respuesta a las solicitudes realizadas relacionadas con el cumplimiento de la orden de compra”.</i>

7.3.6. **FT-FN-2337 “Certificación de bienes y servicios recibidos”** del 16 de febrero de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en enero de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

“Certificación de recibido a satisfacción
<i>Regular, en promedio el servicio tiene una calificación del 70%, en cuanto a la calidad la limpieza de las instalaciones y mantenimiento locativo básico con los tres servicios Integral de Aseo y Cafetería discriminado así: 92% del Personal, (con una rotación del 10%), 78% entrega de insumos y 39% en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria solicitados.</i>
<i>Entrega elementos a Operario de Mantenimiento: no efectuaron entrega del kit de mantenimiento, lo cual ha impedido desempeñar las funciones relacionadas con esas labores. A las supervisoras no le han hecho entrega de la dotación (uniformes)</i>
<i>De parte de la empresa compradora no se tiene respuesta al cumplimiento de la orden de compra</i>

7.3.7. **FT-FN-2337 “Certificación de bienes y servicios recibidos”** del 11 de marzo de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en febrero de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

"Certificación de recibido a satisfacción"
Se recibió a satisfacción en el mes de Febrero de 2022 el servicio integral de aseo y cafetería (con el personal, insumos y maquinaria asignados) prestado por la empresa ASEAR SA ESP. Por lo anterior autorizamos el pago de la Factura ASEA- 4268
"Observaciones"
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

7.3.8. **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 12 de abril de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en marzo de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

"Certificación de recibido a satisfacción"
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

7.4. En la **sesión 2** de la audiencia realizada el 21 de julio de 2023, **EL SUBDIRECTOR DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **UAE-DIAN** recibió el testimonio de la Sra. **TATIANA ELIZABETH BERNAL SALAS**, CC 1128421096 en su calidad de coordinadora a nivel Cundinamarca del contratista desde el 01 de junio de 2018, quien afirmó: (i) "el proceso era bastante complicado en esta orden de compra, diferente a las demás ordenes de compra que teníamos en la ciudad de Bogotá, porque para que un operario pudiera ingresar a esta orden de compra, debía estar en la EPS ya afiliado con la empresa y la certificación de la EPS debía decir que ASEAR era la empresa que estaba haciendo los aportes. Si ese documento no venía de esa manera, el operario no podía trabajar y para cubrir los ausentismos, los supernumerarios en el contrato debía decir que eran supernumerarios para la DIAN OC 80276 y la ARL igualmente debíamos cambiarla diciendo que iban a prestar servicio en la DIAN OC 80276, de lo contrario, no nos dejaban ingresar el personal"; (ii) "(...) cuando se inicia contrato con cualquier persona, se hace la afiliación ante la EPS y ellos demoran más o menos 5 días en dar respuesta si aceptan o no a la persona, y posterior a esto, cada EPS es independiente de actualizar sus plataformas y estuvimos averiguando y algunas demoraban 1 mes y otras demoraban 2 meses en actualizar las plataformas para poder visualizar que ASEAR era el aportante y también hay que tener en cuenta que el pago de la EPS y seguridad social se hace mes vencido, entonces, así es imposible que la certificación de la EPS aparezca ASEAR como aportante"; (iii) "Nosotros enviábamos la documentación a través de correo y cuando el operario llegaba a la entidad, algunos operarios manifestaron que la señora Lucila les ayudaba a generar usuario y contraseña en la página de la EPS para descargar el certificado y validar la información"; (iv) "En 5 años que llevo con la empresa nunca hemos tenido un inconveniente con la seguridad social de ningún operario"; (v) "Cuando inició la orden de compra, el 1 de diciembre de 2021, todavía teníamos problemas por temas de pandemia. Diciembre y enero fueron dos meses bastante complicados, ya que a nivel mundial habían cierres intermitentes de puertos y eso hizo que se retrasara la maquinaria que nosotros compramos y algunos insumos también, porque a nivel mundial había escasez de mucha materia prima. Esos problemas los conoció la DIAN, porque telefónicamente se habló con la señora Lucila y por correo electrónico también se dieron a conocer los inconvenientes"; (vi) ¿por qué el día que inició la OC 80276 el personal no estaba completo? **CONTESTADO:** "por los mismos inconvenientes mencionados anteriormente, por la documentación que no cumplía con las exigencias que manifestaba

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

la señora Lucila"; (vii) "¿qué medidas empleó la empresa con el fin de subsanar los ausentismos que se venían presentando? CONTESTADO: nosotros optamos por reclutar operarios de otras órdenes de compra que teníamos en Bogotá, comenzamos a revisarles la documentación que cumpliera con las exigencias y comenzamos a hacer los traslados de otras órdenes de compra a la OC 80276 para poderle dar cumplimiento, y esto nos generó traumatismo en el resto de las órdenes de compra por los traslados que tuvimos que realizar"; (viii) "Manifiéstele al despacho ¿si conoce la diferencia que hay entre el diligenciamiento del formulario de afiliación de un empleado al sistema de seguridad social y el pago de la seguridad social que se hace o que se debe hacer? CONTESTADO: Si lo conozco, inicialmente se diligencia el formulario de afiliación, la EPS da un radicado y 5 días hábiles después la EPS la aprueba o no la afiliación"; (ix) "Manifieste al Despacho si conoce ud. Si dentro de los 3 primeros meses de ejecución de la orden de compra, ¿hubo cambio de uno o alguno de los proveedores que uds tenían para ejecutar el contrato y si los hubo -los cambios- cuál fue la razón para tomar la decisión? CONTESTADO: Iniciamos la entrega de insumos en el mes de diciembre con nuestro proveedor Tecnoclean, como teníamos inconvenientes con materia prima para algunos insumos, en el mes de enero de 2022, finalizando, optamos por cambiar al proveedor Indubriz, teniendo menos inconvenientes, pero dentro de los 3 meses fueron subsanados". (x) "Podría manifestarle al despacho cuáles de manera general, eran esos insumos que se proveían con ese aliado que tenían y con el que se generó el cambio de proveedor. CONTESTADO: Ese proveedor era de todos los insumos y el cambio que se generó fue para todos los insumos de la orden de compra"; (x) "(...) para el año 2021 al 30 de noviembre, en Bogotá estábamos ejecutando 13 contratos y el 1 de diciembre de 2021 nos adjudicaron 11 contratos más en Bogotá, incluidas las órdenes de compra de la DIAN. Esto hizo que por parte de nuestros proveedores tanto de equipos, como de insumos y teniendo en cuenta los inconvenientes a nivel mundial de desabastecimiento, no fue posible entregar los primeros 5 días del mes los insumos y la maquinaria. Quiero aclarar también que para dar cumplimiento al ausentismo por incapacidades o por cualquier calamidad de alguno de los operarios, fue bastante complicado, ya que la señora Lucila nos pedía que el contrato y ARL de las personas que llegaban a cubrir esos ausentismos debía decir que eran supernumerarios de la DIAN 80276 y a nosotros como empresa, realizar estos cambios nos genera entrar en un proceso de liquidación con estas personas, para generar un contrato nuevo. Y si no era así no podríamos cubrir. La señora Lucila no nos quiso recibir el radicado de la afiliación a la EPS como soporte. Para la ARL al interior de la empresa, cada persona se afilia en un grupo diferente -por orden de compra-, para diferenciarlos y esto no tiene ninguna afectación en la cobertura. La señora Lucila nos pedía que la ARL tenía que decir que esa persona iba a prestar servicio en la DIAN 80276, si no decía eso, no los dejaba ingresar. La ARL si hacía esos cambios diferenciando por orden de compra, pero tomaba tiempo. Pero quiero dejar claro que independientemente de la orden de compra a la cual pertenecían los operarios, la cobertura nunca se vio afectada o se tiene que ver afectada. Eso se le manifestó a la señora Lucila a través de correo electrónico y aún así tuvimos inconvenientes".

- 7.5. En la sesión 3 de la audiencia realizada el 22 de septiembre de 2023, la **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** ordena a la **DIRECTORA SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ** en su calidad de Supervisora de la **Orden de Compra No. 80276**, presentar informe en el que se pronuncie respecto de los descargos presentados por el contratista e intervención de la aseguradora en la sesión 1 de la audiencia, así como respecto de las afirmaciones realizadas por la testigo **TATIANA BERNAL SALAS** en la sesión 2 de la audiencia, absteniéndose de pronunciarse respecto de los alegatos que aún no han sido presentados en audiencia por la apoderada de la contratista y apoderado de la aseguradora.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

7.6. En la sesión 3 de la audiencia la **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** manifestó que de las pruebas ordenadas en la sesión 1 de la audiencia realizada el 26 de junio de 2023, las ordenadas en el numeral 7.5.2 y 7.5.3 estaban pendientes, así:

	Prueba ordenada:	Verificación:
7.6.1.	Testimonio de la señora TATIANA BERNAL SALAS , en su calidad de Coordinadora de contratos de Bogotá por parte del contratista ASEAR S.A. E.S.P	Recibido en audiencia el 21 de julio de 2023 (sesión 2)
7.6.2.	Certificado del supervisor de saldos adeudados por la UAE-DIAN al contratista ASEAR S.A. E.S.P.	No había sido entregado, por lo que se reiteró el requerimiento de su entrega.
7.6.3.	Certificación del supervisor del estado actual de la orden de compra.	No había sido entregado, por lo que se reiteró el requerimiento de su entrega.
7.6.4.	Informe de supervisión de diciembre de 2021, enero de 2022, febrero de 2022 y marzo de 2022.	Enviados por la Supervisora al contratista, aseguradora y Subdirección de Compras y Contratos mediante correo electrónico del 30 de junio de 2023
7.6.5.	Certificaciones de cumplimiento de los meses de diciembre de 2021, enero de 2022, febrero de 2022 y marzo de 2022, que fueron presentados por la supervisión para el trámite de cada uno de los pagos.	Enviadas por la Supervisora al contratista, aseguradora y Subdirección de Compras y Contratos mediante correo electrónico del 30 de junio de 2023

7.7. Mediante correo electrónico del 29 de septiembre de 2023 la Dra. **ALBA LUZ TIRADO GUIZA** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión, remitió a la apoderada del contratista, apoderado de la aseguradora y Subdirección de Compras y Contratos, los siguientes documentos requeridos por la Subdirectora de Compras y Contratos en la sesión 3 de la audiencia:

7.7.1. Certificación de saldos adeudados al contratista **ASEAR SA ESP, NIT 811044253-8**, del 19 de septiembre de 2023, expedida por la Dra. **JANETH TERESA SERRANO BERMONT** en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y Supervisora de la Orden de Compra y la Dra. **YAQUELINE PORTILLA CARVAJAL** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión de la orden de compra, en la que dejan las siguiente constancia:

"Conforme al reporte relación de pagos emitido con fecha 04/01/2023 (Anexo 1), por la Subdirección Financiera – de la Coordinación de Registro y Flujo de Caja, la Supervisión de la Orden de compra No. 80276 de 2021, certifica que la Unidad Administrativa Especial DIAN, no presenta pagos pendientes de giro al contratista ASEAR SA ESP identificado con NIT 811.044.253.-8, por lo cual los saldos adeudados al mismo son cero (\$0) M/cte"

7.7.2. Oficio 1322572012859 del 28 de septiembre de 28 de 2023 de la Dra. **JANETH TERESA SERRANO BERMONT** en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y Supervisora de la Orden de Compra y la Dra. **ALBA LUZ TIRADO GUIZA** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión de la orden de compra, en el que dejaron las siguientes constancias:

"(...) II. ESTADO ACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 80276 DE 2021:

El plazo de ejecución de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 corrió del 01 de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2022 y a la fecha se encuentra pendiente de liquidación.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

En el numeral 2.1.5. de la citación a audiencia por presunto incumplimiento de contrato del 9 de junio del 2023, la DIAN manifestó:

"2.1.5 Respecto del cumplimiento de la obligación "prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería con todos los insumos y los elementos, equipos y maquinaria solicitados, desde el primer día de inicio de la operación" (Cláusula 7, literal k del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019), la Supervisión de la Orden de Compra mediante oficio 1-32-000-201- 01 del 07 de enero de 2022 reportó a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 <Contratista>, a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT 890.903.407-9 <Garante> y al Subdirector de Compras y Contratos de la DIAN <Ordenador del Gasto de la DIAN>, que de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR S.A. E.S.P. debía entregar el 01 de diciembre de 2021 a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá en las cinco (5) Sedes, con corte al 31 de diciembre de 2021 solo había entregado 201 (es decir el 7,49%) y que para esa fecha se encontraba en mora de entregar 2.483 bienes (es decir el 92.51%) evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019."

La apoderada de la empresa contratista ASEAR SA ESP, con relación a este numeral, en la sesión No. 1 de la audiencia, respondió lo siguiente:

"A pesar de que el comunicado tiene fecha del 07 de enero de 2022 solo fue notificado hasta el 13 de enero de 2022 (VER ANEXO 9), tal como se relacionó en la respuesta del 27 de enero (VER ANEXO 3) se solicitó como nueva fecha de cumplimiento a las obligaciones pendientes el 01 de febrero para cubrir todas las vacantes y el 04 de febrero para entregar todos los insumos y equipos de manera adecuada."

La Directora Seccional de Impuestos de Bogotá, quien asumió la supervisión de la orden de compra a partir del 7 de julio de 2023, afirma que con fundamento en los documentos de la supervisión entregados por la Jefe de la División Administrativa y Financiera de la época en la que se ejecutó la orden de compra, no se cumplió con la entrega de los insumos, maquinaria y operarios en las fechas señaladas, por las siguientes razones:

- (i) Las vacantes de Personal solo fueron cubiertas a partir del 23 de febrero de 2022; prueba de ello, está consignado en el correo electrónico de febrero 22 de 2022 que envió la funcionaria Lucila Alonso. con copia a los colaboradores de la empresa ASEAR SA ESP: Andrea Garcia Campos <garciacamposandrea2@gmail.com>; Ana Maritza Martinez Pardo <maritzamartinezpardo@gmail.com> (Anexo No.1)
- (ii) La totalidad de los insumos fueron entregados de manera parcial dentro de cada mes así.
 - Enero de 2022: Según lo requerido en la solicitud No. 1662 (Anexo No. 2), entregaron parciales en enero 27 y 31 de 2022 (Anexo N. 3.) y para poder prestar el servicio de aseo y cafetería en las sedes 2, 3 y 4 de orden de compra 80276, la coordinadora Andrea Garcia campos <garciacamposandrea2@gmail.com>de ASEAR SA ESP ubicada en la Orden de compra 80276, en enero 28 de 2022, realizo traslado de insumos a dichas sedes (ANEXO No. 4). Debido a la no entrega total de insumos se le informo en enero 31 de 2022: Desde el correo electrónico de la funcionaria de la División Administrativa y Financiera Lucila Alonso Martinez, al correo electrónico de colaboradores de ASEAR SA ESP señora Coordinadora señora Tatiana Bernal tatiana.bernal@asearesp.com, (Anexo No.5)
 - Febrero de 2022, se envió la solicitud pedido No. 1786 el 31 de enero de 2022 (Anexo No. 5), hicieron entregas parciales en febrero 16, y marzo 1 de 2022, (Anexo No.6)
- (iii) Los equipos fueron entregados en su totalidad hasta el día 8 de marzo de 2022, advirtiendo que algunos de estos venían en mal estado, otros deteriorados y/o dañados, como fue informado a través del correo electrónico, de la funcionaria de la División Administrativa y Financiera Lucila Alonso Martinez, a los correos electrónicos de los siguientes colaboradores de la Empresa ASEAR SA ESP:
 - Enero 20 de 2022 (Anexo No.7) y enero 21 y 31 de 2022 y febrero 23 de 2022 (Anexo No. 8) al encargado de las Herramientas de la empresa contratante ASEAR SA ESP, señor Jhonatan Muriel jhonatan.muriel@asearesp.com, y a la Coordinadora, señora Tatiana Bernal tatiana.bernal@asearesp.com,

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- Marzo 3 de 2022 (Anexo No. 9) enviado al encargado de las Herramientas de la empresa contratante ASEAR SA ESP señor Jhonatan Muriel (jhonatan.muriel@asearesp.com), así mismo, a la Coordinadora, señora Tatiana Bernal (tatiana.bernal@asearesp.com); y a la Subgerentes Doctora Lilly García (lilly.garcia@asearesp.com).

En el numeral 2.1.6. de la citación, la DIAN manifestó:

"2.1.6 Con corte al 31 de enero de 2022 el contratista no dio respuesta al oficio 1-32-000-01-01 del 07 de enero de 2022, ni cumplimiento pleno a las obligaciones contractuales reportadas como presuntamente incumplidas. Así, de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR SA ESP. debía entregar a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, con corte al 31-01-2022 solo entregó 1.034 (es decir el 38,52%) y estaba en mora de entregar 1650 bienes (es decir el 61.48%), evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019".

Respecto de este numeral, en la sesión No. 1 de la audiencia, la apoderada contratista ASEAR SA ESP manifestó:

"Tal como se relacionó en la respuesta del 27 de enero se solicitó como nueva fecha de cumplimiento a las obligaciones pendientes el 01 de febrero para cubrir todas las vacantes y el 04 de febrero para entregar todos los insumos y equipos de manera adecuada."

Referente a lo expresado por la empresa contratista ASEAR SA ESP, esta supervisión reitera lo indicado anteriormente, en el sentido de que no se cumplieron las fechas indicadas como prórroga para la entrega de las obligaciones pendientes, estos es cubrir las vacantes y entrega de la totalidad de los insumos y equipos, lo cual se soporta de la siguiente manera:

- Hasta el 23 de febrero de 2022, las vacantes de Personal fueron cumplidas en su totalidad, tal como se acredita con el correo electrónico de febrero 22 de 2022 remitido por la Funcionaria Lucila Alonso a los colaboradores de la empresa ASEAR SA ESP: Andrea García campos <garciacamposandrea2@gmail.com>; Ana Maritza Martínez Pardo <maritzamartinezpardo@gmail.com> (Anexo No.1)
- En las fechas 27 y 31 de enero del 2022 y marzo 1 de 2022, los insumos fueron entregados de manera parcial (Anexo N.3.) (Anexo No.6) para cumplir con lo solicitado para el mes de enero 2022,
- En la fecha de 16 de febrero, y marzo 1 de 2022 se recibieron entregas parciales de insumos (Anexo No.6) para el pedido de febrero de 2022.
- Hasta el día 8 de marzo de 2022 el contratista cumplió el 100% de insumos y maquinaria, es decir, completo el faltante de 2.684 bienes (elementos y maquinaria), que debieron ser entregados desde el 01 de diciembre de 2021 a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, el incumplimiento del contrato es de (3) meses y siete (7) días de mora.

Las fechas de cumplimiento de las obligaciones atienden a la necesidad temporal del servicio que presta la entidad, por ello la empresa contratista ASEAR SA ESP, dentro de los plazos pactados, debía prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería "con todos los insumos y los elementos, equipos y maquinaria solicitados, desde el primer día de inicio de la operación", evitando las afectaciones en la prestación de este servicio a la ciudadanía en general y a los servidores públicos que trabajan para una entidad como la Dian, ya que las implicaciones que generó el incumplimiento, no se trata de personas, equipos e insumos que no llegaron a tiempo, se trata, ante todo, de un impacto en la prestación del servicio al ciudadano y a los servidores públicos como ya se dijo, que son el activo más importante de nuestra organización, lo que permite en el caso concreto, la aplicación de las medidas sancionatorias, logrando que el contratista asuma la verdadera dimensión que deriva de éste tipo de contratos con entidades públicas y las consecuencias que generan los incumplimientos en el funcionamiento institucional, por lo tanto, la mora en el cumplimiento de las obligaciones generó una afectación pecuniaria a la entidad, 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

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

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.

En el numeral 2.1.7. de la citación, la DIAN manifestó:

"2.1.7 Con corte al 28 de febrero de 2022, el contratista no dio respuesta al oficio 1-32-000-201- 01 del 07 de enero de 2022, ni cumplimiento a las obligaciones contractuales reportadas como presuntamente incumplidas. Así, de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR S.A. E.S.P. debida entregar a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, con corte al 28-02- 2022 entregó 2.670 (es decir, el 99.47%), y estaba en mora de entregar 14 bienes

(es decir, el 0.52%), evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal(k), Cláusula .26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019."

En la sesión No. 1 de la audiencia, la apoderada de la empresa contratista ASEAR SA ESP manifiesta:

"Esto es parcialmente cierto, ya que como se indica en el informe de supervisión por parte de la DIAN del mes de febrero (VER ANEXO 11) "Durante el mes de febrero de 2023 se suministró de manera oportuna la información que solicitó el contratista" La imposibilidad de cumplir al 100% con la obligación de entregar 2.684 bienes es atribuible en gran parte a retrasos de nuestros proveedores y a la necesidad de cambiar y hacer mantenimiento a algunos equipos que de buena fe adquirimos de la empresa que anteriormente ejecuto el contrato con la DIAN y solo nos enteramos del mal estado de la misma cuando nos operarios al usarla nos alertaron."

De la afirmación de la empresa contratista ASEAR SA ESP, se precisa que efectivamente no se demostró cumplimiento alguno, ya que hace referencia a dos órdenes de compra diferentes, pues el anexo 11 corresponde a la orden de compra 99532 y no corresponde con la orden de compra objeto del presente contrato, es decir, la orden de compra OC-80276, quedando desvirtuada la afirmación de la apodera y configurándose una vez más el incumplimiento por parte de la empresa contratista ASEAR SA ESP

En el numeral 2.1.8. de la citación, la DIAN manifestó:

"2.1.8 Solo hasta el día 8 de marzo de 2022 el contratista cumplió el 100% de esta obligación, al entregar los 2.684 bienes (elementos y maquinaria), que debieron ser entregados desde el 01 de diciembre de 2021 a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, es decir, que ASEAR S.A. E.S.P. cumplió su obligación contractual con tres (3) meses y siete (7) días de mora"

En la sesión No. 1 de la audiencia la apoderada de la empresa contratista ASEAR SA ESP manifiesta:

"Es cierto, aunque cabe resaltar que los faltantes para cumplir al 100% con la obligación, eran atribuibles a maquinaria no a insumos ya que los insumos fueron entregados de forma correcta durante la ejecución del contrato. Ya que como consta en los informes de supervisión mes a mes el cumplimiento de insumos era al 100%. (VER ANEXOS 10, 11, 12 Y 13)"

Es claro que los anexos 10, 11, 12 y 13 corresponden a otra orden de compra 99532 y no corresponden a la orden de compra OC-80276 objeto de incumplimiento, quedando demostrado que la empresa contratista pretende confundir con este actuar para evidenciar el cumplimiento del contrato y no aceptar su responsabilidad pretendiendo probar cómo cumplimiento de obligaciones incumplidas o parcialmente cumplidas, durante los meses de diciembre de 2021 y enero y febrero de 2022, mediante certificaciones y autorizaciones de pago emitidas por la DIAN , en los meses de marzo y abril del 2022, en los cuales y por el actuar diligente y responsable de los funcionarios encargados de la supervisión del contrato, se logró el cumplimiento de manera parcial de las obligaciones del contratista, superando las situaciones generadas por su actuar omisivo; intentando con ello, trasladar a un momento diferente, los reconocimientos y autorizaciones de pago realizadas por la entidad en meses posteriores a los que son objeto de discusión en el proceso sancionatorio, llevado a cabo y en el cual, como lo evidencian los soportes institucionales, la situación se encontraba superada en una gran proporción.

Por lo tanto, las respuestas dadas por el contratista y la aseguradora, se evidencia que no existe ningún soporte en su poder, que pruebe un efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

impugnadas en el proceso sancionatorio referidas a los meses de diciembre de 2021 y enero y parte de febrero de 2022, lo que ratifican la materialización del siniestro alegado en el presente proceso administrativo, y que se corrobora con los correos electrónicos de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, donde se manifiesta el incumplimiento al contrato por parte de la empresa contratista, así:

El 26 de enero de 2022 y el 16 de febrero del 2022, la Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo técnico a la Supervisión remitió correo electrónico al representante legal de ASEAR SA ESP (Anexo N. 15) (Anexo N. 20) y desde el correo electrónico de la funcionaria de la División Administrativa y Financiera Lucila Alonso Martinez, al correo electrónico de colaboradores de ASEAR SA ESP señora Coordinadora señora Tatiana Bernal tatiana.bernal@asearesp.com (Anexo No.5), el incumplimiento de la entrega en su totalidad de los insumos estaría afectando el servicio de Aseo y cafetería y No poder dar cumplimiento al protocolo de bioseguridad contra el Covid, debido a que no llegaron los elementos que ayudan a contrarrestar este Virus.

Se insiste que los insumos debían llegar a la entidad el 1/12/2021, y los entregaron parciales hasta completar la totalidad en el mes de diciembre, en el mes enero suministrados parcialmente el 27 y 31 de enero del 2022, y 1 de marzo de 2022 y el pedido de febrero entregaron un parcial el día 17 de febrero y la totalidad el 1 de marzo del 2023 por parte de la empresa contratante.

En el numeral 2.1.9. de la citación, la DIAN manifestó:

"2.1.9. Por lo anterior, ASEAR S.A. E.S.P. durante tres (3) meses y siete (7) días de los ocho (8) meses que corresponden al plazo total de ejecución del contrato, no cumplió las obligaciones consagradas en la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019."

Respecto de este numeral, en la sesión No. 1 de la audiencia, la apoderada la empresa contratista ASEAR SA ESP manifiesta:

"A pesar de lo expresado en es importante establecer que se dio un cumplimiento defectuoso de la obligación por situaciones que no son atribuibles a nuestra compañía ya que en todo momento estuvimos dispuestos a cumplir y a prestar un servicio continuo y a pesar de que habían faltantes de maquinaria el servicio se prestó en debida forma, ya que en los informes de supervisión y en las alertas que recibimos por parte de la entidad compradora nunca se nos puso de presente que se dejó de realizar alguna actividad o alguna zona no se limpió o desinfectó correctamente por la no entrega de la maquinaria solicitada a tiempo lo que da indicios sobre el nivel de gravedad del cumplimiento defectuoso de la obligación".

Respecto a esta afirmación, es evidente que la empresa contratista ASEAR SA ESP, pretende que la DIAN acepte un cumplimiento de las obligaciones del contratista reconociendo única y exclusivamente una demora en algunas actividades, derivada según su apreciación por situaciones que no son atribuibles a la empresa contratante, no se compadece con la realidad evidenciada en la ejecución del contrato y las consecuencias surgidas para la operación institucional.

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.

Resulta irrefutable de lo acreditado y demostrado en el caso concreto, que las soluciones, aún parciales, tardaron dos y hasta 3 meses en ser materializadas por el contratista, derivando afectaciones en la prestación del servicio en las sedes institucionales tanto para los servidores públicos de la entidad, como para los usuarios, por la alta afluencia de contribuyentes que atiende la entidad a diario, además porque la entidad a través de la supervisión, en procura de mitigar situaciones más gravosas, tuvo que autorizar traslados de equipos de una sedes otras con las implicaciones e impactos que genera en la calidad y oportunidad de la prestación del servicio y los riesgos derivados de ello, todo lo anterior con el único propósito de cumplir con la prestación del servicio, por lo tanto no es cierto la afirmación de la apoderada de la empresa contratante.

En el numeral 2.2.2., de la citación, la DIAN manifestó:

"2.2.2 Para la suscripción del acta de inicio, ASEAR SA ESP entregó a la Supervisora, la afiliación a la ARL de 41 de los 65 operarios con los que ejecutaría el contrato, y se comprometió a efectuar las afiliaciones correspondientes a las EPS y a las AFP en el

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

transcurso del día (01 de diciembre de 2021), para entregar a la Supervisora la evidencia de dichas afiliaciones, a más tardar el 02 de diciembre de 2021."

Respecto de este numeral, en la sesión No. 1 de la audiencia, la apoderada empresa contratista ASEAR SA ESP manifiesta:

"Es parcialmente cierto, todos nuestros operarios son afiliados desde el día que inicia nuestra relación laboral con ellos, sin embargo durante el mes de diciembre de 2021 ASEAR SA ESP fue adjudicataria de más de 10 órdenes de compra al tiempo, y dada la contratación masiva de personal varias EPS y fondos de pensiones nos asignaron un agente comercial que nos apoyó en todo el trámite de afiliaciones y a pesar de que la afiliación comenzaba desde el primer día de vinculación, el número de radicado no era asignado el mismo día ya que era un trámite que dependía directamente de cada EPS o Fondo de Pensión y sobre el que ASEAR SA ESP no tiene incidencia ya que nosotros simplemente diligenciamos el formulario de afiliación y realizamos el respectivo pago mensual de las planillas (VER ANEXO 14 DE PLANILLAS)"

La supervisora del contrato reitera que no tiene la posibilidad de verificar la certeza de la afirmación expuesta por la apoderada de ASEAR SA ESP, por ser competencia del contratista, así como de las empresas del Sistema de Seguridad Social Integral que convocó y por tal razón se atiene a lo probado en el presente trámite.

Es decir, cada vez que se presentaba personal de la empresa contratante ASEAR SA ESP para el cumplimiento de la obligación contractual, lo que se hacía era verificar el estado de las afiliaciones de seguridad social y en caso de presentar alguna irregularidad de inmediato se comunicaba al Coordinador, por lo cual no es cierto la afirmación de la empresa contratante, pues es deber del supervisor revisar que se cumpla con las afiliaciones de los empleados al sistema de seguridad social.

Lo anterior, en virtud de los deberes y funciones de la supervisión del contrato previstos en la Cartilla de Supervisión y/o interventoría CT-FI-0109, numeral 1.3.4. "Supervisión de carácter legal "Verificar para la suscripción del acta de inicio, que la totalidad del personal que el contratista dispondrá para la ejecución del contrato esté vinculado al sistema de Seguridad Social integral en pensión, salud y riesgos laborales" y lo pactado en el Acuerdo Marco de Precios CC-972AMP2019.

En el numeral 2.2.3. de la citación, la DIAN manifestó:

2.2.3 El Acta de Inicio de la Orden de Compra No. 80276 fue firmada el 01 de diciembre de 2021, y en dicha acta, ASEAR S.A. E.S.P. se comprometió a entregar a la Supervisora dentro del menor término posible, la relación de los 28 operarios de Aseo Y Cafetería y del coordinador que faltaban, con la correspondiente acreditación de su afiliación a la ARL, EPS y AFP, teniendo en cuenta que el pago que la DIAN efectuaría correspondería al servicio efectivamente prestado por cada operario y/o coordinador durante el mes y proporcional por fracción de tiempo.

Respecto de este numeral, en la sesión No. 1 de la audiencia, la apoderada empresa contratista ASEAR SA ESP manifiesta:

"Es cierto, y de esta manera se realizaba, ya que como se puede corroborar en las planillas de afiliación de nuestros empleados, desde la fecha en que ingresaban se hacía efectiva su afiliación al sistema de seguridad social.
En este punto es importante resaltar que la señora Lucila Alonso Martínez en varias oportunidades no permitió el ingreso de muchos operarios a las instalaciones de la DIAN por múltiples razones:

1. Exigía que ASEAR SA ESP apareciera como aportante dentro de planillas, aunque la seguridad social se paga mes vencido y esto solo fuera posible cuando la persona ya llevara un mes laborando con nuestra Empresa.
2. Si una persona estaba desempleada previamente a su vinculación con ASEAR SA ESP aparecía dentro del régimen subsidiado en el ADRES y exigía que apareciera en el régimen contributivo, lo cual no depende de ASEAR SA ESP ya que esta plataforma la actualiza el gobierno nacional.
3. Exigía que la afiliación fuera reciente, aunque el trabajador viniera trabajando desde meses anteriores con nuestra compañía (VER ANEXOS 15, 16, 17 Y 18) A pesar de lo anterior tal como consta en el informe de supervisión por parte de la DIAN del mes de enero (VER ANEXO 10) "Se verificó el pago en el mes de enero de 2023, de: sueldos, seguridad social y parafiscales al personal contratado para prestar el servicio integral de la orden compra 99532

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

en las Sedes Dirección Seccional de Impuesto Bogotá (DSIB); por lo anterior, se verificó la planilla resumen de aportes a la seguridad social 9446776192 expedida por la Sociedad Aportes en Línea, con fecha de pago el 10-2-2023, (pensión de enero de 2023 y Salud de febrero de 2023, riesgos laborales Riesgo II (1,044%)), el pago de la Nómina a través Bancolombia con el No. de Producto dispersor 61335009703 el día el 28 de enero de 2023." Con lo que queda claridad de que ASEAR SA ESP siempre ha mantenido al día sus obligaciones laborales respecto a sus trabajadores."

La supervisión del contrato debía solicitar la planilla de aportes del personal que ejercía funciones en la orden de compra OC- 80276 para el trámite de pago de la factura correspondiente al mes vencido, en cumplimiento del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el Acuerdo Marco de Precios para el suministro del Servicio Integral de Aseo y Cafetería por parte Entidades Compradoras CCE-972-AMP-2019 Cláusula 10 Facturación y pago del mes correspondiente, tal como se observa en los siguientes correos:

- Diciembre 31 de 2021 (Anexo No 12) a los correos institucionales de los colaboradores de ASEAR SA ESP de coordinacionsst@asearesp.com; asearseguridadsocial@gmail.com; sandra.higuaita@asearesp.com; deicy.alvarez@asearesp.com; yeraldin.monsalve@asearesp.com; Brayan Garcia <brayangarcia.asear@gmail.com>; johanquintero.asearesp@gmail.com;
- Febrero 4 de 2022 a los correos institucionales de los colaboradores de ASEAR SA ESP (Anexo No.13) tatiana.bernal@asearesp.com; Brayan Garcia <brayangarcia.asear@gmail.com>; jhonatan.muriel@asearesp.com; antonia.llano@asearesp.com; deicy2704@hotmail.com; deicy.alvarez@asearesp.com; asearseguridadsocial@gmail.com; lilly.garcia@asearesp.com;
- Marzo 8 y 9 de 2022 a los correos institucionales de los colaboradores de ASEAR SA ESP (Anexo No. 14): deicy.alvarez@asearesp.com; deicy2704@hotmail.com; tatiana.bernal@asearesp.com; jhonatan.muriel@asearesp.com; Brayan Garcia <brayangarcia.asear@gmail.com>; Asear SA ESP <pagosasear@gmail.com>; asearseguridadsocial@gmail.com.

De otra parte, frente a la afirmación de la Apoderada de la empresa contratista, no es cierto que la supervisión del contrato le exigiera cambiar de régimen ni que la afiliación fuera reciente, lo que se solicitaba era la certificación reciente a la fecha de ingreso a las instalaciones de DIAN, para verificar que los trabajadores que ingresaban a las instalaciones de la entidad estuvieran afiliados y activos en el Sistema de Seguridad Social Integral (ARL, EPS, AFP), previniendo de esta forma, riesgos jurídicos y patrimoniales a la entidad por una responsabilidad contractual o extracontractual, como por ejemplo lo expresado en los correos electrónicos enviados el 18 de enero de 2022 por la funcionaria Lucila Alonso Martínez a los correos institucionales de sus colaboradores Garcia <brayangarcia.asear@gmail.com>; tatiana.bernal@asearesp.com ;antonia.llano@asearesp.com> (Anexo No. 16), en el cual se predicó el no cumplimiento de dicho reporte.

En el numeral 2.3.1. de la citación, la DIAN manifestó

"2.3.1 De conformidad con el Anexo 1 – "Actividades, nivel de servicio y resultados del Servicio Integral de Aseo y Cafetería", literal F "Niveles de respuesta y de servicio Reemplazos del personal" Reemplazo temporal del personal ausente por cuenta de retrasos, incapacidades, licencias, vacaciones, retiros y otras causas debidamente justificadas que no permitan el cumplimiento de los horarios acordados para la prestación del servicio en máximo en un (1) día hábil después del turno acordado con la Entidad Compradora para las Regiones de Cobertura de la 1 a la 11, y de (2) días hábiles para las Regiones de Cobertura de la 12 a la 18. Como Bogotá se encuentra en la Región No. 11 del AMP, en consecuencia, él termino que tiene ASEAR S.A. E.S.P., para reemplazar la ausencia de su personal, es de un (1) día hábil.

Del 1 de enero al 28 de febrero de 2022, se presentaron las siguientes incapacidades, permisos y renunciaciones del personal de ASEAR S.A. E.S.P., que no fueron cubiertas de manera oportuna, e implicaron la no prestación del servicio en las condiciones pactadas, por causas atribuibles de manera exclusiva al contratista:

3.3.1.1 la señora LUZ DARY BELTRÁN, CC 52827600, tuvo ausentismo los días 24 y 25 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 1 día de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- 2.3.1.2 La señora ANDREA NAYARITH CASALLA BUSTOS, CC 53103685, tuvo ausentismo los días 24, 25 y 26 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 2 días de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 2.3.1.3 la señora YULI ESMERALDA RAMÍREZ PULIDO, CC 1023897358, tuvo ausentismo los días 24, 25 y 26 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 2 días de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 2.3.1.4 La señora SHIRLEY ORTEGA, CC 40505312, tuvo ausentismo los días 5, 6, 7, 11 y 12 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 4 días de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 2.3.1.5 la señora MIREYA HILARION UREGO, CC 52442357, tuvo ausentismo los días 19, 20, 21, 24 y 25 de enero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 4 días de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 2.3.1.6 la señora CLAUDIA CASTELLANOS RAMÍREZ, CC 52251035, tuvo ausentismo el día 11 de febrero de 2022, sin reemplazo. 2.3.1.7 la señora LEONICIA CRUZ BLANCO, CC 63483159, tuvo ausentismo del 2 de febrero al 3 de marzo de 2022, de los cuales solo tuvo reemplazo ocho (8) días, razón por la que no hubo prestación del servicio contratado durante veintidós (22) días.
- 2.3.1.8 la señora FABIOLA ELIZABETH DÍAZ ROJAS, CC 35524481, tuvo ausentismo del 22 de febrero al 7 de marzo de 2022, de los cuales solo tuvo reemplazo cuatro (4) días, razón por la que no hubo prestación del servicio contratado durante cinco (5) días.
- 2.3.1.9 la señora YULY ANDREA GIRAL ROMERO, CC 53042152, tuvo ausentismo el día 2 y 4 de febrero de 2022 sin reemplazo, generando incumplimiento de 1 día de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas.
- 2.3.1.10 la señora MARTHA LILIANA MORA RODRÍGUEZ, CC 53014872, tuvo ausentismo el día 7 y 8 de febrero de 2022, sin reemplazo, generando incumplimiento de 1 día de la obligación de efectuar reemplazo oportuno y la no prestación del servicio en las condiciones pactadas."

Respecto de este numeral, en la sesión No. 1 de la audiencia, la apoderada empresa contratista ASEAR SA ESP manifiesta:

"Respecto al reemplazo de ausentismos queremos destacar que el no reemplazo de los mismos no es atribuible a negligencia de nuestra compañía.

El acuerdo marco de precios nos permitió ganar una cobertura a nivel nacional, fortaleciendo nuestras operaciones mayormente en el departamento de Cundinamarca, esto se propició a varias órdenes de compra que fueron adjudicadas en el mes de diciembre de 2021 simultáneamente con la orden de compra 80276 por lo que a medida que se daba inicio a las órdenes de compra se contrataba personal.

ASEAR SA ESP no puede prever la cantidad de renunciaciones o de incapacidades que surgirían en la ejecución contractual, más aún teniendo en cuenta que no era posible tener un estimado ya que era la primera vez que ejecutaría un contrato con esta entidad. A pesar de lo anterior, y en virtud de que no era posible agotar un proceso de selección por el tiempo que ello tomaría y dada la premura de cubrir diversas novedades, ASEAR SA ESP tomo como recurso y en uso del ius variandi que como empleador lo faculta para cambiar el centro de trabajo de sus empleados, trasladar empleados activos de otros contratos que estábamos ejecutando en la ciudad de Bogotá para lograr cubrir el ausentismo generado en la orden de compra 80276, sin embargo, tampoco fue posible dar cumplimiento de esta manera ya que la señora Lucila Alonso exigía, a pesar de no estar ello plasmado dentro del acuerdo marco de precios, que en las planillas de seguridad social de las personas trasladadas apareciera que su centro de trabajo fuera la Dian Orden de Compra 80276 y este cambio solo se podría hacer mes vencido cuando se fuera a liquidar la planilla de aportes de cada persona lo que imposibilitó cubrir varios de los ausentismos señalados.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

A pesar de lo anterior, ASEAR SA ESP a lo largo de la ejecución del contrato destino un grupo de supernumerarios exclusivos para la Dian, subsanando las situaciones expuestas. (VER ANEXOS 15,16,17 Y 18)

La supervisión del contrato, no está de acuerdo con la afirmación de la apoderada que "la funcionaria Lucila Alonso Martínez exigía que en las planillas de seguridad social de las personas trasladadas apareciera que su centro de 80276", pues en virtud de las funciones y deberes de la supervisión de la DIAN, para realizar el pago de las facturas dentro de la orden de compra OC-80276, como requisito se debe verificar todos los pagos de aportes de los colaboradores al Sistema de Seguridad Social Integral (ARL, EPS, AFP) por parte de la empresa contratante, y en caso de encontrar inconsistencias, se informaba a la empresa contratante, por ejemplo se tiene el correo electrónico del 3 de junio de 2022 enviado a la colaboradora de ASEAR SA ESP deicy.alvarez@asearesp.com (ANEXO No. 17)

De otra parte, la DIAN, nunca conto con el personal alterno para cumplir las vacantes, y no es recibo los argumentos de la empresa contratante que dicho incumplimiento se dio por el hecho de que le fueron adjudicados diversos contratos con múltiples entidades, pues corresponde a su absoluta discreción y responsabilidad saber a cuántos procesos se presenta y tener posibilidades de reclutar el personal requerido, una vez sea adjudicado el contrato, sin que tenga que ser el contratante el que sufra las consecuencias adversas de su falta de planeación, en este punto es importante, resaltar que no existen pruebas donde se haya oficializado la imposibilidad de cumplimiento derivada de fuerza mayor, y esta entidad jamás asumió ni validó el cumplimiento del contrato en las condiciones descritas por la apoderada, de igual manera es importante precisar que el gran impacto de la pandemia COVID-19, se dio en el año 2020, los hechos materia de presunta o posible sanción en este caso ocurrieron a finales del año 2021 e incluso en 2022, lapso en el cual, gran cantidad de empresas privadas y oficiales ya habían reactivado sus actividades con normalidad.

IV. INFORME DE SUPERVISIÓN RESPECTO DE LAS AFIRMACIONES REALIZADAS POR LA TESTIGO TATIANA BERNAL SALAS EN LA SESIÓN 2 DE LA AUDIENCIA

En la Sesión No.2, de la audiencia se da el Testimonio de la señora TATIANA BERNAL SALAS, en su calidad de Coordinadora de contratos de Bogotá por parte del contratista ASEAR S.A. E.S.P.

En la Sesión N. 2 el Apoderado del Contratista Pregunta

¿cómo era el proceso de ingreso de personal para la OC 80276, incluyendo aquellos que cubrían ausentismos?

Responde la señora TATIANA BERNAL SALAS, en su calidad de Coordinadora de contratos de Bogotá por parte del contratista ASEAR S.A. E.S.P.

El proceso era bastante complicado en esta orden de compra, diferente a las demás órdenes de compra que teníamos en la ciudad de Bogotá, porque para que un operario pudiera ingresar a esta orden de compra, debía estar en la EPS ya afiliado con la empresa y la certificación de la EPS debía decir que ASEAR era la empresa que estaba haciendo los aportes. Si ese documento no venía de esa manera, el operario no podía trabajar y para cubrir los ausentismos, los supernumerarios en el contrato debía decir que eran supernumerarios para la DIAN OC 80276 y la ARL igualmente debíamos cambiarla diciendo que iban a prestar servicio en la DIAN OC 80276, de lo contrario, no nos dejaban ingresar el personal.

La Supervisión aclara que en cumplimiento de sus funciones y deberes, debía revisar las certificaciones de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral (ARL, EPS, AFP), y también para el pago de las facturas las planillas de resumen de aportes, 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, sin importa que fuera personal para cubrir ausentismos, algunas las autorizaciones de ingreso se pueden evidenciar en los documentos anexos (Contrato, certificado de seguridad social) enviados a través de los correos electrónicos por coordinadora Diana Bernal <dianaasear2021@gmail.com>, quien solicitó el ingreso para cubrir al personal en ausentismos:

- La supernumeraria Clara Inés Castañeda Cetina, enviaron los documentos al correo electrónico de Lucila Alonso Martínez, el 30 de marzo de 2022 a las 6:23 p.m., y se solicitó el ingreso a las instalaciones de la DIAN el mismo día 30 de marzo a las 6:59 p.m. (Anexo No.19)
- La supernumeraria Alba Esperanza Perdomo, enviaron los documentos el día 19 de julio de 2022 a las 8:01 p.m., y el mismo 19 de julio de 2022 a las 8:48 p.m. se solicitó el ingreso a las instalaciones de la DIAN (Anexo No.18)

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

En la Sesión N. 2 el Apoderado del Contratista Pregunta:

¿Este proceso por parte de la entidad generó algún retraso para la empresa a la hora de cumplir con la totalidad del personal y de qué manera?

Responde la señora TATIANA BERNAL SALAS, en su calidad de Coordinadora de contratos de Bogotá por parte del contratista ASEAR S.A. E.S.P.

Si generó bastante retraso, ya que nosotros como empresa, si todo sale bien en el proceso de contratación, máximo 3 días, el operario puede iniciar labores. Cuando los operarios llegaban a la entidad, la señora Lucila les revisaba la documentación y en ocasiones les ayudaba a generar los certificados de la página en la EPS que cada uno tenía y si no aparecían ASEAR como empresa aportante los devolvía y no los dejaba trabajar.

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 Martinez, laionsom1@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.

En la Sesión N. 2 el Apoderado del Contratista Pregunta

¿cómo hacía la entidad compradora la validación de las afiliaciones de los operarios?

Responde la señora TATIANA BERNAL SALAS, en su calidad de Coordinadora de contratos de Bogotá por parte del contratista ASEAR S.A. E.S.P.

Nosotros enviábamos la documentación a través de correo y cuando el operario llegaba a la entidad, algunos operarios manifestaron que la señora Lucila les ayudaba a generar usuario y contraseña en la página de la EPS para descargar el certificado y validar la información.

En cumplimiento de la función asignada de supervisión del contrato, se confirma lo afirmado por la Coordinadora de ASEAR SA ESP, que los documentos para el ingreso de personal a la orden de compra OC-80276, ASEAR SA ESP los remitía al correo electrónico de la funcionaria de la Dian, señora Lucila Alonso Martínez laionsom1@dian.gov.co

En la Sesión N. 2 el Apoderado del Contratista Pregunta

¿tuvo conocimiento de si alguna brigada o actividad se dejó de realizar por la no tenencia de algún equipo o máquina?

Responde la señora TATIANA BERNAL SALAS, en su calidad de Coordinadora de contratos de Bogotá por parte del contratista ASEAR S.A. E.S.P

"no. Nunca tuvimos inconvenientes con las actividades"

La Supervisión del contrato se pronuncia manifestando que no es cierto la anterior manifestación por parte de la coordinadora, en razón a que sí existieron inconvenientes con las actividades de aseo y cafetería en virtud de lo informado en su oportunidad a las Coordinadoras de la orden de compra 80276 ubicadas en la DIAN, quienes eran el enlace de comunicación entre la DIAN y ASEAR S.A. ESP, y donde se les manifestó la necesidad de realizar brigadas de aseo urgentes para los sábados y traslado de maquinaria entre sedes de la orden de compra 80276, lo anterior al incumplimiento desde el inicio del contrato fíjese que desde entonces la empresa no cumplió a cabalidad sus responsabilidades allegar la totalidad de los insumos y maquinaria.

Téngase como prueba la evidencia que dentro de la orden de compra uno de los servicios contratados es el de Bienes de aseo y cafetería, por ejemplo maquinaria en la sede 1 se solicitaron en la orden de compra 80276; veinte (20) Grecas (**ítem 336- Con capacidad para 120 tintos**) y en las sedes 2, 3 y 4 se solicitaron tres(3) Grecas (**ítem 335 Con capacidad para 60 tintos**), la empresa contratante ASEAR SA ESP entrego a la sede 1, el día 10 de diciembre de 2022, catorce (14) grecas del **ítem 336**, para poder dar cumplimiento con entrega de bebidas calientes y frías, y como no llego este elemento a la sede 2,3 y 4 la señora Coordinadora de la orden de compra 80276 ubicada en la DIAN, solicito para dichas sedes, que de las catorce (14) grecas, trasladar dos(2) grecas del **ítem 336- Con capacidad para 120 tintos**, porque para estas sedes llegaron en febrero 19 de 2022 las Grecas (**ítem 335 Con capacidad para 60 tintos**) y se devolvieron en marzo 3 de 2022 por que llegaron

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

en mal estado. Si se observa en las fechas de entrega de las Grecas no se presto el servicio de Cafetería.

El incumplimiento tuvo un gran impacto en el desempeño de las funciones de la entidad contratante, pues no se trata de personas, equipos e insumos que no llegaron a tiempo, se trata, ante todo, de un impacto en la prestación del servicio al ciudadano y a los servidores públicos, que son el activo más importante de nuestra organización.

En la Sesión N. 2 el apoderado del Contratista pregunta:

PREGUNTADO: ¿qué problemas se presentaron en el proceso de entrega de equipos y herramientas? y ¿esos problemas los conoció la entidad?

CONTESTADO: Cuando inició la orden de compra, el 1 de diciembre de 2021, todavía teníamos problemas por temas de pandemia. Diciembre y enero fueron dos meses bastante complicados, ya que a nivel mundial había cierres intermitentes de puertos y eso hizo que se retrasara la maquinaria que nosotros compramos y algunos insumos también, porque a nivel mundial había escasez de mucha materia prima. Esos problemas los conoció la DIAN, porque telefónicamente se habló con la señora Lucila y por correo electrónico también se dieron a conocer los inconvenientes.

En la Sesión N. 2 el Apoderado del Contratista Pregunta

"¿por qué el día que inició la OC 80276 el personal no estaba completo?"

Responde la señora TATIANA BERNAL SALAS, en su calidad de Coordinadora de contratos de Bogotá por parte del contratista ASEAR S.A. E.S.P

Por los mismos inconvenientes mencionados anteriormente, por la documentación que no cumplía con las exigencias que manifestaba la señora Lucila.

El 30 de noviembre del 2021, la supervisión solicitó una relación del personal respecto de la orden de compra OC 80276 mediante correo electrónico a los colaboradores de ASEAR SA ESP johanquintero.asearesp@gmail.com; tatiana.bernal@asearesp.com; antonía.llano@asearesp.com; brayan.garcia@asearesp. (Anexo No. 10) con el siguiente asunto "Relación del personal con el que prestará el servicio (65 trabajadores), donde se acreditara lo siguiente:

- Afiliación y cubrimiento de EPS
- Afiliación y cubrimiento de AFP
- Afiliación y cubrimiento de ARL
- Certificado de paz y salvo de seguridad social y parafiscales expedido por el revisor fiscal, vigente.

V. CONCLUSIONES:

La supervisión tenía la obligación de realizar control y seguimiento de conformidad con el artículo 82 y siguientes d la Ley 1474 de 2011 y la Cartilla de Supervisión y/o interventoría CT-FI-0109, respecto de la orden de compra OC-80276 y como consecuencia de ello, evidenció que la empresa contratante ASEAR SA ESP no prestó el servicio en las condiciones pactadas, porque suministró un número de operarios inferior a los pactados durante los meses de diciembre de 2021, enero, febrero y marzo de 2022, y entregó de manera tardía los insumos, maquinaria generando ó perjuicios e incumplimiento (SIC) el contrato, ya que, para el día 1 de diciembre de 2021 se presentaron cuarenta y un (41) operarios para prestar el servicio de aseo y cafetería, mantenimiento y supervisión, de los cuales solo acreditaban los requisitos mínimos de afiliación a seguridad social para poder iniciar labores en la entidad pública, el 1 de diciembre, 17 personas (Anexo N.11), así mismo, la maquinaria y equipos solo fueron entregados en marzo del 2022,

Es decir, durante los meses de diciembre de 2021, enero, febrero y marzo de 2022 no se cumplió a cabalidad el contrato, así mismo, se causaron traumatismos en las labores diarias de la entidad, por ello, se recalca que se debe hacer efectiva la cláusula penal por incumplimiento de la orden de compra 80276, conforme a la cláusula 20 del acuerdo marco de precios CCE 972 AMP 2019..

Finalmente se aclara que la Orden de Compra No. 80276 de 2021 se ejecutó del 01 de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2022, término durante el cual ejerció la supervisión de dicha orden, la Dra.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

PATRICIA GONZÁLEZ VASCO en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y ejerció la función de apoyo a la supervisión de dicha orden de compra, la Dra. **YAQUELINE PORTILLA CARVAJAL** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá.

A partir del 07 de julio de 2023, la Dra. **JANETH TERESA SERRANO BERMONTH** se posesionó como Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y asumió entre otras funciones, la supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 para efectos de su liquidación y obligaciones postcontractuales a las que haya lugar.

A partir del 20 de septiembre de 2023, la Dra. **ALBA LUZ TIRADO GUIZA** se posesionó como Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y asumió entre otras funciones, la función de apoyo a la supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 para efectos de su liquidación y obligaciones postcontractuales a las que haya lugar.

Por lo anterior, las manifestaciones que la supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 realiza en este documento, se fundamentan en los documentos que reposan en la carpeta de supervisión y no en una vivencia directa de los hechos objeto del proceso".

Al Oficio 1322572012859 del 28 de septiembre de 28 de 2023 se adjuntaron lo siguientes documentos:

- 7.7.2.1. Anexo N. 1- Cumplimiento cantidad de Personal OC80276
 - 7.7.2.2. Anexo N. 2-Solicitud de pedido enero N. 1662
 - 7.7.2.3. Anexo N, 3- Remisiones de entrega y los pendientes de insumo
 - 7.7.2.4. Anexo N. 4- Solicitud de la Coordinadora de ASEAR SA ESP traslado de insumos
 - 7.7.2.5. Anexo N. 5- Solicitud de pedido 1786 y solicitud de entrega de insumos los cinco (5) primeros días del mes
 - 7.7.2.6. Anexo N. 6- Remisiones de entrega y los pendientes de insumo
 - 7.7.2.7. Anexo N. 7- Informe de maquinaria en mal estado
 - 7.7.2.8. Anexo N. 8- Informe de Maquinaria en mal estado
 - 7.7.2.9. Anexo N. 9- Elementos en mal estado
 - 7.7.2.10. Anexo N.10- Solicitud relación de personal con soportes de Seguridad Social (Salud, Pensión y ARL)
 - 7.7.2.11. Anexo N. 11- Informe del personal a diciembre 1 con toda la documentación
 - 7.7.2.12. Anexo N. 12, 13 y 14 Solicitud de Planillas de Aportes del personal que ejercía funciones en la OC 80276
 - 7.7.2.13. Anexo N. 15- Informe del Estado de cada uno de los servicios contratados
 - 7.7.2.14. Anexo N. 16- Solicitud certificado reciente de afiliación en Seguridad Social (Salud, Pensión y ARL)
 - 7.7.2.15. Anexo N. 17- planillas de resumen de aportes, inconsistencia (faltaba personal en la relación entregada)
 - 7.7.2.16. Anexo N. 18 y 19 -Ingreso de personal supernumerario
 - 7.7.2.17. Anexo N. 20- Informe del Estado de cada uno de los servicios contratados
- 7.8. Mediante oficio del 05 de octubre de 2023, la apoderada del contratista en sus alegatos de conclusión presentó las siguientes pruebas:
- 7.8.1. 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 DIAN.
 - 7.8.2. Correos electrónicos para evidenciar la atención oportuna respecto a los inconvenientes presentados con maquinaria, teniendo en cuenta que la DIAN solo relacionó los correos donde reportaban los inconvenientes mas no la respuesta que dio el contratista
 - 7.8.3. Correo donde se ven las dudas de la señora Lucila respecto al tema de afiliación de la ARL y respuesta brindada desde SST
 - 7.8.4. Correo donde se evidencia que la DIAN tenía conocimiento de los supernumerarios que ASEAR SA ESP destinaba para cubrir sus ausentismos.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- 7.9. Mediante correo electrónico del 17 de octubre de 2023 la Dra. **ALBA LUZ TIRADO GUIZA** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión, remitió a la apoderada del contratista, apoderado de la aseguradora y Subdirección de Compras y Contratos, los siguientes documentos requeridos por la Subdirectora de Compras y Contratos mediante correo electrónico del 09 de octubre de 2023:
- 7.9.1. Prefactura de diciembre de 2021.

7.9.2. Factura No. 1659 del 31 de diciembre de 2021 por **\$80.899.970,08** incluido IVA, correspondiente al periodo facturado del 01 al 31 de diciembre de 2021.

7.9.3. Prefactura de enero de 2022.

7.9.4. Factura No. 4056 del 15 de febrero de 2022 por **\$109.078.452,05** incluido IVA, correspondiente al periodo facturado del 01 al 31 de enero de 2022.

7.9.5. Prefactura de febrero de 2022.

7.9.6. Factura No. 4268 del 10 de marzo de 2022 por **\$118.114.304,92** incluido IVA, correspondiente al periodo facturado del 01 al 28 de febrero de 2022.

7.9.7. Prefactura de marzo de 2022.

7.9.8. Factura No. 4562 del 12 de abril de 2022 por **\$139.968.269,36** incluido IVA, correspondiente al periodo facturado del 01 al 31 de marzo de 2022.

7.9.9. Nota Crédito No. 2-592 del 12 de abril de 2022 por **\$3.091.098,40** por descuento por incapacidades del periodo del 01 al 28 de febrero de 2022.

8. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA Y LA ASEGURADORA, DE CONFORMIDAD CON LAS PRUEBAS DEL PROCESO

8.1. DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA.

8.1.1. En la sesión 1 de la audiencia, la apoderada del contratista manifestó:

8.1.1.1. Respecto del PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 1:

Respecto del presunto incumplimiento No. 1, la apoderada del contratista en la sesión 1 de la audiencia manifestó: **(i)** que si bien es cierto que de conformidad con la cláusula 7, literal k del AMP CCE-972-AMP-2019, ASEAR S.A. E.S.P.NIT 811044253-8 tenía la obligación de iniciar la prestación del Servicio Integral de Aseo y Cafetería en las instalaciones de la Entidad Compradora dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la colocación de la Orden de Compra, o en la fecha indicada por la Entidad Compradora en la solicitud de cotización, siempre que esta sea posterior. El Proveedor debía prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería “con todos los insumos y los elementos, equipos y maquinaria solicitados, desde el primer día de inicio de la operación”, manifiesta la apoderad que “consensualmente entre la DIAN y ASEAR SA ESP se fijó una extensión en el plazo para el cumplimiento de las obligaciones de acuerdo a lo fijado en el número 5 y 6 del acta de inicio suscrita por las partes”, en los que se comprometió: “5. ASEAR SA ESP se compromete a entregar a la Supervisora dentro del menor término posible, la relación de los 23 operarios y del coordinado que faltan, con la correspondiente acreditación de su afiliación a la ARL, EPS y AFP, teniendo en cuenta que el pago que la DIAN efectuará corresponderá al servicio efectivamente prestado por cada operario y/o coordinador durante el mes y proporcional por fracción de tiempo y (6) ASEAR SA ESP se compromete a entregar a la Supervisor el 02 de diciembre de 2021, los insumos, dotación y maquinaria con la que prestará su servicio en la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá”; **(ii)** que es cierto que “De conformidad con la cláusula 11.43 del Acuerdo Marco de Precios CCE 972-AMP-2019, ASEAR S.A. E.S.P. tiene la obligación de “Entregar los Bienes de Aseo y Cafetería requeridos en la Orden de Compra en las instalaciones de la Entidad Compradora y en las fechas y/o periodos definidos por la Entidad Compradora y el Proveedor en el Documento de Inicio”; **(iii)** que es cierto que “El Acta de Inicio de la Orden de Compra No. 80276 fue firmada el 01 de diciembre de 2021 y en dicha acta ASEAR S.A. E.S.P. se comprometió a

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

entregar a la Supervisora el 02 de diciembre de 2021, los insumos, dotación y maquinaria con la que prestaría su servicio en la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá"; (iv) que NO es cierto que el contratista no haya dado repuesta a los requerimientos de la supervisión, porque a través del correo Antonia.lano@asearesp.com el 27 de enero de 2022 se brindó respuesta a los presuntos incumplimientos relacionados (Ver Anexo 3) y se ratificó su recibimiento por parte de la señora Yaqueline Portilla (Anexo 4) Previo a ello la Empresa en varias oportunidades dio respuesta oportuna a los correos electrónicos remitidos por las señoras Lucila Alonso y Yaqueline Portilla tal como consta en las pruebas anexas del 16, 17 y 18 de diciembre. (ANEXO 5, 6 y 7) También en vista de que persistían algunas inquietudes acerca del personal contratado, ASEAR SA ESP convocó a una reunión el lunes, 17 enero de 2022 · 14:30 – 15:30. (ANEXO 8); (v) Respecto del cumplimiento de la obligación "prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería con todos los insumos y los elementos, equipos y maquinaria solicitados, desde el primer día de inicio de la operación" (Cláusula 7, literal k del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019), la apoderada del contratista manifiesta que el oficio 1-32-000-201- 01 del 07 de enero de 2022 mediante el cual la supervisión reportó a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8, a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT 890.903.407–9 y al Subdirector de Compras y Contratos de la DIAN, "que de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR S.A. E.S.P. debía entregar el 01 de diciembre de 2021 a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá en las cinco (5) Sedes, con corte al 31 de diciembre de 2021 solo había entregado 201 (es decir el 7,49%) y que para esa fecha se encontraba en mora de entregar 2.483 bienes (es decir el 92.51%) evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019.", le fue notificado al contratista el 13 de enero de 2022 (ver anexo 9) y que en respuesta, el 27 de enero el contratista solicitó **"como nueva fecha de cumplimiento a las obligaciones pendientes el 01 de febrero para cubrir todas las vacantes y el 04 de febrero para entregar todos los insumos y equipos de manera adecuada"**; (vi) Respecto del hecho: "2.1.6. Con corte al 31 de enero de 2022 el contratista no dio respuesta al oficio 1-32- 000-201- 01 del 07 de enero de 2022, ni cumplimiento pleno a las obligaciones contractuales reportadas como presuntamente incumplidas. Así, de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR S.A. E.S.P. debía entregar a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, con corte al 31-01- 2022 solo entregó 1.034 (es decir el 38,52%) y estaba en mora de entregar 1650 bienes (es decir el 61.48%), evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019" la apoderada del contratista manifiesta que "en la respuesta del 27 de enero se solicitó como nueva fecha de cumplimiento a las obligaciones pendientes el 01 de febrero para cubrir todas las vacantes y el 04 de febrero para entregar todos los insumos y equipos de manera adecuada"; (vii) Respecto del hecho: "2.1.7 Con corte al 28 de febrero de 2022, el contratista no dio respuesta al oficio 1- 32-000-201- 01 del 07 de enero de 2022, ni cumplimiento a las obligaciones contractuales reportadas como presuntamente incumplidas. Así, de los 2.684 bienes (elementos y maquinaria) que ASEAR S.A. E.S.P. debida entregar a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, con corte al 28-02- 2022 entregó 2.670 (es decir, el 99.47%), y estaba en mora de entregar 14 bienes (es decir, el 0.52%), evidenciándose un presunto incumplimiento de la Orden de Compra por parte de ASEAR S.A. E.S.P. de la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019", manifiesta la apoderada del contratista: "Esto es parcialmente cierto, ya que como se indica en el informe de supervisión por parte de la DIAN del mes de febrero (VER ANEXO 11) "Durante el mes de febrero de 2023 se suministró de manera oportuna la información que solicitó el contratista" La imposibilidad de cumplir al 100% con la obligación de entregar 2.684 bienes es atribuible en gran parte a retrasos de nuestros proveedores y a la necesidad de cambiar y hacer mantenimiento a algunos equipos que de buena fe adquirimos de la empresa que anteriormente ejecuto el contrato con la DIAN y solo nos enteramos del mal estado de la misma cuando nos operarios al usarla nos alertaron"; (viii) respecto del hecho "2.1.8 Solo hasta el día 8 de marzo de 2022 el contratista cumplió el 100% de esta obligación, al entregar los 2.684 bienes (elementos y maquinaria), que debieron ser entregados desde el 01 de diciembre de 2021 a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, es decir, que ASEAR S.A. E.S.P. cumplió su obligación contractual con tres (3) meses y siete (7) días de mora", manifiesta la apoderada

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

del contratista que *"Es cierto, aunque cabe resaltar que los faltantes para cumplir al 100% con la obligación, eran atribuibles a maquinaria no a insumos ya que los insumos fueron entregados de forma correcta durante la ejecución del contrato. Ya que como consta en los informes de supervisión mes a mes el cumplimiento de insumos era al 100%. (VER ANEXOS 10, 11, 12 Y 13)"; (ix) respecto de la afirmación: "2.1.9 Por lo anterior, ASEAR S.A. E.S.P. durante tres (3) meses y siete (7) días de los ocho (8) meses que corresponden al plazo total de ejecución del contrato, no cumplió las obligaciones consagradas en la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019", manifiesta la apoderada del contratista: "A pesar de lo expresado en es (sic) importante establecer que se dio un cumplimiento defectuoso de la obligación por situaciones que no son atribuibles a nuestra compañía ya que en todo momento estuvimos dispuestos a cumplir y a prestar un servicio continuo y a pesar de que habían faltantes de maquinaria el servicio se presto (sic) en debida forma, ya que en los informes de supervisión y en las alertas que recibimos por parte de la entidad compradora nunca se nos puso de presente que se dejo (sic) de realizar alguna actividad o alguna zona no se limpio (sic) o desinfecto correctamente por la no entrega de la maquinaria solicitada a tiempo lo que da indicios sobre el nivel de gravedad del cumplimiento defectuoso de la obligación"; (x) que la no entrega de los equipos y maquinaria al 100% desde el inicio del contrato obedeció a circunstancias irresistibles e imprevisibles al contratista, "como lo son vacaciones colectivas de nuestros proveedores en el mes de diciembre y retrasos en los puertos de importación por la situación pos COVID conocida a nivel mundial"; (xi) que es importante diferenciar cumplimiento defectuoso o tardío de un incumplimiento total de las obligaciones, por lo justificado en los puntos anteriores y según lo evidenciado en los informes de supervisión y en el oficio No 1-32-000-201-115 en su numeral "4.1.7 Solo hasta el día 8 de marzo de 2022 el contratista cumplió el 100% de esta obligación, al entregar los 2.684 bienes (elementos y maquinaria)" por lo que según la apoderada del contratista, ASEAR SA ESP si cumplió con el 100% de sus obligaciones (VER ANEXO 29)"; (xii) que Como ya quedo claro y evidenciado en los informes de supervisión realizados por la entidad los insumos desde el comienzo del contrato fueron entregados al 100%, (xiii) que respecto a la maquinaria en el informe de enero se evidencia un cumplimiento al 84% esto es más de la mitad de la maquinaria entregada a tiempo, y para el mes de marzo se relaciona un cumplimiento del 100% demostrando de esta manera el compromiso de mejoría de nuestra compañía a pesar de las circunstancias ajenas a nuestra voluntad para cumplir con el 100% desde el inicio de ejecución; (xiv) que como se relaciona en todos los informes de supervisión los productos entregados se encontraban "En buen estado y las características contratadas" por lo que no hay fundamento para invocar un incumplimiento por malas condiciones, adicionalmente, algunas maquinas que compramos de la empresa que anteriormente ejecuto el contrato con ustedes requerían mantenimiento , y ASEAR SA ESP cumplió con el mismo a satisfacción y realizo los cambios que fueron necesarios en su momento garantizando siempre la continuidad del servicio; (xv) que algunos trabajadores asumían actividades de otros compañeros ausentes sin afectar las propias, y todos los equipos y maquinas no se usaban al tiempo por lo que los equipos faltantes por entregar no implicaron el cese de actividades en ningún momento;*

8.1.1.2. Respetto del PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 2:

Respetto del presunto incumplimiento No. 2, la apoderada del contratista en la sesión 1 de la audiencia manifestó: **(i)** que respecto del hecho "2.2.1 De conformidad con la cláusula 11.49, ASEAR S.A. E.S.P. tiene la obligación de cumplir con las actividades y los resultados establecidos en el Anexo 1 del pliego de condiciones y "poner a disposición de la Entidad Compradora el personal que cumpla con el perfil, funciones y formación establecidos en el Anexo 2 del pliego de condiciones", la apoderada del contratista manifiesta que "... la documentación remitida por nuestra compañía respecto a cada uno de sus operarios, cumplían con el perfil establecido de la siguiente manera (VER ANEXO 19,20,21,22,23,24,25,26,27 Y 28)"; **(ii)** respecto del hecho "2.2.2 Para la suscripción del acta de inicio, ASEAR SA ESP entregó a la Supervisora, la afiliación a la ARL de 41 de los 65 operarios con los que ejecutaría el contrato, y se comprometió a efectuar las afiliaciones correspondientes a las EPS y a las AFP en el transcurso del día (01 de diciembre de 2021), para entregar a la Supervisora la evidencia de dichas afiliaciones, a más tardar el 02 de diciembre de 2021", la apoderada del contratista manifiesta que "Es

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

parcialmente cierto, todos nuestros operarios son afiliados desde el día que inicia nuestra relación laboral con ellos, sin embargo durante el mes de diciembre de 2021 ASEAR SA ESP fue adjudicataria de mas (sic) de 10 ordenes (sic) de compra al tiempo, y dada la contratación masiva de personal varias EPS y fondos de pensiones nos asignaron un agente comercial que nos apoyo (sic) en todo el tramite (sic) de afiliaciones y a pesar de que la afiliación comenzaba desde el primer día de vinculación, el numero (sic) de radicado no era asignado el mismo día ya que era un trámite que dependía directamente de cada EPS o Fondo de pensión y sobre el que ASEAR SA ESP no tiene incidencia ya que nosotros simplemente diligenciamos el formulario de afiliación y realizamos el respectivo pago mensual de las planillas (VER ANEXO 14 DE PLANILLAS); (iii) respecto del hecho "2.2.3 El Acta de Inicio de la Orden de Compra No. 80276 fue firmada el 01 de diciembre de 2021, y en dicha acta, ASEAR S.A. E.S.P. se comprometió a entregar a la Supervisora dentro del menor término posible, la relación de los 28 operarios de Aseo Y Cafetería y del coordinador que faltaban, con la correspondiente acreditación de su afiliación a la ARL, EPS y AFP, teniendo en cuenta que el pago que la DIAN efectuaría correspondería al servicio efectivamente prestado por cada operario y/o coordinador durante el mes y proporcional por fracción de tiempo", la apoderada del contratista manifestó: "Es cierto, y de esta manera se realizaba, ya que como se puede corroborar en las planillas de afiliación de nuestros empleados, desde la fecha en que ingresaban se hacía efectiva su afiliación al sistema de seguridad social. En este punto es importante resaltar que la señora Lucila Alonso Martínez en varias oportunidades no permitió el ingreso de muchos operarios a las instalaciones de la DIAN por múltiples razones: (1) Exigía que ASEAR SA ESP apareciera como aportante dentro de planillas, aunque la seguridad social se paga mes vencido y esto solo fuera posible cuando la persona ya llevara un mes laborando con nuestra Empresa, (2) Si una persona estaba desempleada previamente a su vinculación con ASEAR SA ESP aparecía dentro del régimen subsidiado en el ADRES y exigía que apareciera en el régimen contributivo, lo cual no depende de ASEAR SA ESP ya que esta plataforma la actualiza el gobierno nacional y (3) Exigía que la afiliación fuera reciente, aunque el trabajador viniera trabajando desde meses anteriores con nuestra compañía (VER ANEXOS 15,16,17 Y 18). A pesar de lo anterior tal como consta en el informe de supervisión por parte de la DIAN del mes de enero (VER ANEXO 10) "Se verificó el pago en el mes de enero de 2023, de: sueldos, seguridad social y parafiscales al personal contratado para prestar el servicio integral de la orden compra 99532 en las Sedes Dirección Seccional de Impuesto Bogotá (DSIB); por lo anterior, se verificó la planilla resumen de aportes a la seguridad social 9446776192 expedida por la Sociedad Aportes en Línea, con fecha de pago el 10-2-2023, (pensión de enero de 2023 y Salud de febrero de 2023, riesgos laborales Riesgo II (1,044%)), el pago de la Nómina a través Bancolombia con el No. de Producto dispersor 61335009703 el día el 28 de enero de 2023." Con lo que queda claridad de que ASEAR SA ESP siempre ha mantenido al día sus obligaciones laborales respecto a sus trabajadores"; (iv) que no se prueba afectación respecto a las actividades y niveles de resultados de las mismas, pese al retraso la empresa en todo momento garantizó una oportuna y continua prestación del servicio sin generar gravedad o impacto en la ejecución del contrato; (v) que algunos trabajadores asumían actividades de otros compañeros ausentes sin afectar las propias, y todos los equipos y maquinas no se usaban al tiempo por lo que los equipos faltantes por entregar no implicaron el cese de actividades en ningún momento;

8.1.1.3. Respecto del PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 3:

Respecto del presunto incumplimiento No. 3, la apoderada del contratista en la sesión 1 de la audiencia manifestó: (i) que respecto al reemplazo de ausentismos queremos destacar que el no reemplazo de los mismos no es atribuible a negligencia de nuestra compañía; (ii) que el acuerdo marco de precios le permitió al contratista ganar cobertura a nivel nacional y varias órdenes de compra le fueron adjudicadas en diciembre de 2021 simultáneamente con la orden de compra 80276 por lo que a medida que se daba inicio a las órdenes de compra se contrataba personal; (iii) que ASEAR SA ESP no podía prever la cantidad de renunciaciones o de incapacidades que surgirían en la ejecución contractual, más aun teniendo en cuenta que no era posible tener un estimado ya que era la primera vez que ejecutaría un contrato con la DIAN; (iv) que a pesar de lo anterior, y en virtud de que no era posible agotar un proceso de selección por el tiempo que ello tomaría y dada la premura de cubrir diversas novedades, ASEAR SA ESP tomó como recurso y en uso del ius variandi que como empleador lo faculta para cambiar el centro de trabajo de sus

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

empleados, trasladar empleados activos de otros contratos que estaba ejecutando en la ciudad de Bogotá para lograr cubrir el ausentismo generado en la orden de compra 80276, sin embargo, tampoco fue posible dar cumplimiento de esta manera ya que la señora Lucila Alonso exigía, a pesar de no estar ello plasmado dentro del acuerdo marco de precios, que en las planillas de seguridad social de las personas trasladadas apareciera que su centro de trabajo fuera la Dian Orden de Compra 80276 y este cambio solo se podría hacer mes vencido cuando se fuera a liquidar la planilla de aportes de cada persona, lo que imposibilitó cubrir varios de los ausentismos señalados, **(v)** que a pesar de lo anterior, ASEAR SA ESP a lo largo de la ejecución del contrato destinó un grupo de supernumerarios exclusivos para la Dian, subsanando las situaciones expuestas (VER ANEXOS 15,16,17 Y 18); **(vi)** que existe una responsabilidad compartida entre la DIAN y ASEAR SA ESP, dadas las exigencias por la entidad compradora en cabeza de la señora Lucila Alonso, no se pudieron cubrir muchas de las vacantes relacionadas.

8.1.1.4. Respecto de las consecuencias que podrían derivarse para el contratista:

En la sesión 1 de la audiencia la apoderada del contratista manifiesta:

"ASEAR SA ESP se opone al cobro total de la cláusula penal teniendo en cuenta que según las pruebas aportadas no existió un incumplimiento total de las obligaciones enunciadas, solo un cumplimiento tardío que en ningún punto fue equivalente a mas del 80% del contrato y en virtud de la proporcionalidad y razonabilidad proponemos el pago del 10% de la suma requerida por la entidad , esto es DOS MILLONES SETESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$2.734.733) este pago lo realizaría directamente nuestra compañía y no habría lugar a afectar la póliza de cumplimiento No. 3210277-5"

8.1.2. Alegatos de conclusión presentados por la apoderada del contratista:

8.1.2.1. En la sesión 4 de la audiencia realizada el 05 de octubre de 2023 la apoderada del contratista presentó los siguientes alegatos de conclusión: (i) que la DIAN no pagó por servicios que no fueron prestados; y (ii) que no había claridad sobre la forma en la que se debían afiliar los trabajadores al sistema de seguridad social, y demostrar la destinación de grupos de supernumerarios.

8.1.2.2. En la sesión 4 de la audiencia la apoderada del contratista expone los alegatos presentados mediante oficio del 05 de octubre de 2023 de 7 folios, en el que manifiesta: **(i)** que 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; **(iii)** que le corresponde a la DIAN 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; **(iv)** que 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" **(v)** 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%"; **(vi)** 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

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

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"; (vii) que 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; (viii) que 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; (ix) 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; (x) 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; (xi) Frente al **presunto incumplimiento No. 3** , 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; (xii) que ASEAR SA ESP en ningún momento cobró o facturó 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

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

recibió en las fechas pactadas"; (xiii) que 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; (xiv) que no es de recibo para el contratista lo manifestado por la supervisión cuando afirmó "De otra parte, la DIAN, nunca contó con el personal alterno para cumplir las vacantes" pues como se evidencia en correos que adjuntó a los alegatos de conclusión, ASEAR SA ESP si destinó un grupo de supernumerarios exclusivamente para cubrir el ausentismo de la orden de compra 80276; (xv) que frente a "las afectaciones en la calidad y oportunidad en la prestación del servicio y los efectos que esto conllevó 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", manifiesta la apoderada de la aseguradora que 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 supervisión 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; (xvi) que 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"; (xvii) que 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; (xviii) que 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

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

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); **(xix)** que queda evidenciado también según lo relatado por la 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 conllevó 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 más importante para el contratista era mitigar el impacto de situaciones que por fuerza mayor no le permitían cumplir con los plazos fijados inicialmente; **(xx)** que 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 facturó servicios no suministrados; **(xxi)** que 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; **(xxii)** 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; **(xxiii)** que 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; **(xxiv)** que 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); y **(xxv)** que en virtud de que ya venció el termino legal para liquidar de mutuo acuerdo la presente orden de compra y que nunca recibimos solicitud alguna por parte de la DIAN 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.

8.2. DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA ASEGURADORA

8.2.1. En la sesión 1 de la audiencia el apoderado de la aseguradora presentó sus descargos dando lectura al oficio del 13 de junio de 2023, en el que manifestó: **(i)** que 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 la explicación que realizarán en sus

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

descargos, (ii) que no puede manifestarse que exista incumplimiento total ni parcial de las obligaciones del contrato, estando acreditadas gran parte de obligaciones por parte del contratista; (iii) que si bien la entidad estatal tiene la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, no por ello se le exime de demostrar el INCUMPLIMIENTO, en la medida en que no opera presunción alguna que desplace el deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual; (iv) que la imposición de multas y CLAUSULA penal no son concurrentes; (v) que para ser efectiva la garantía, la entidad estatal deberá acreditar la ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida de conformidad con el artículo 1077 del CCo; (vii) que para determinar el monto del perjuicio a reclamar por la entidad ESTATAL se deberá deducir del mismo cualquier suma (COMPENSACIÓN) que a esta le adeude el contratista garantizado; (viii) que si bien la UAE- DIAN pretende hacer efectiva la cláusula penal por "el posible incumplimiento de Orden de Compra 80276" de conformidad con la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, por la sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, señala como tope mensual, el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir \$14.201.660, suma que difiere con lo liquidado por valor de "27.347.330"; (ix) **FALTA DE DEMOSTRACIÓN DEL SINIESTRO Y CUANTÍA.** que no se encuentra acreditado ocurrencia ni cuantía en los términos del artículo 1077 CCo; (x) que se debe tener presente la BUENA FE de las actuaciones del contratista, PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD del contrato y la facultad subrogatoria de conformidad con el artículo 1096 cco; (xi) alega excepción de contrato no cumplido por parte de la DIAN; (xii) **COBERTURA DE LA PÓLIZA.** Según lo señalado en las condiciones generales de la citada póliza, en la sección COBERTURAS, se establece: "3. Cumplimiento del contrato. Cubre a la entidad estatal de los perjuicios derivados de: El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista-garantizado. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista-garantizado. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria"; "El amparo, eventualmente, para afectarse sería el de CUMPLIMIENTO del contrato con un valor asegurado de \$227.226.564"; (xiii) **COMPENSACIÓN,** "Según las condiciones generales de la póliza, se establece LA COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR DEL CONTRATISTA GARANTIZADO, esto es, que el evento de declararse probado el incumplimiento de la contratista, y de llegarse a afectar la póliza, deberá tenerse en cuenta, las sumas que la entidad contratante, le adeude al contratista, y en caso tal disminuir la indemnización del seguro en el monto de dichas acreencias, con fundamento en los artículos 1714 del Código Civil. "Compensación. Si la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o con posterioridad a este y anterior al pago de la indemnización, fuere deudora del contratista-garantizado por cualquier concepto, se aplicará la compensación y la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y subsiguientes del Código Civil. Igualmente, se disminuirá del valor de la indemnización, el valor correspondiente a los bienes que la entidad estatal contratante asegurada haya obtenido del contratista-garantizado, sea judicial o extrajudicialmente, en ejercicio de las acciones derivadas del contrato cuyo cumplimiento se garantiza por medio del presente seguro. En los eventos en que existan saldos a favor del contrista-garantizado, la entidad estatal aplicará la compensación a que se refiere el numeral 11 de la presente Sección, estableciendo la disminución en el valor a indemnizar. En caso de no existir saldos a favor del contratista-garantizado, la entidad estatal expedirá constancia en dicho sentido"; (xiv) **PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.** De llegar a probarse el incumplimiento de la contratista NO deberá darse aplicación a la multa, al tratarse de un contrato que llegó a su terminación. Sin embargo, si la entidad contratante considera hacer efectiva, no la imposición de la multa sino la cláusula penal pecuniario, la sanción de la cláusula penal deberá ser proporcional al incumplimiento del contrato, es decir, se deberá tener en cuentas las obligaciones que el contratista ejecutó y tasar proporcionalmente. ART 1596 CCivil y Consejo de Estado en sección tercera sentencia 6 de diciembre de 2013 (CP DANILO ROJAS BETANCOURTH) expediente 27593. Igualmente, en Concejo (sic) de Estado (CP JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA expediente 53877, del 26 de noviembre de 2015) ha señalado en torno a la proporcionalidad que: "compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad. Todo lo anterior, se traduce entonces en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear necesariamente, el deber jurídico de la motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista". Todo lo anterior para significar que aun cuando la entidad encuentre un incumplimiento, esto no da lugar a la imposición de la cláusula penal pactada en su totalidad, por lo que esta debe obedecer a unos criterios de proporcionalidad; (xv) que la cobertura de cumplimiento es independiente y que, si llegara a declararse un eventual incumplimiento no se pueden acumular o afectar simultáneamente otros amparos; (xvi) **SUBROGACIÓN**. En virtud del pago de la indemnización SURA se subroga, hasta concurrencia de su importe, en todos los derechos del asegurado contra el contratista-garantizado;

8.2.2. En la sesión 4 de la audiencia el apoderado de la aseguradora expone los alegatos presentados mediante oficio del 05 de octubre de 2023 de 7 folios, en el que manifiesta: **(i)** que por expreso mandato constitucional y legal, todo proceso sancionatorio debe garantizar los derechos de defensa y contradicción y el debido proceso del contratista y de su garante. Ello implica que, si se inicia un proceso sancionatorio por el incumplimiento de una obligación específica, sustentado en unos hechos y en unas pruebas, no se puede luego determinar la responsabilidad del contratista por supuestos diferentes de los consignados en el documento de citación a la audiencia. Observado el expediente, encontramos un traslado de un informe de supervisión elaborado con posterioridad a la fecha de presentación de los descargos, solicitudes de pruebas y decreto de las mismas, por el cual se elevó incidente de nulidad por la entidad contratista y por mi mandante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, al entender que el ENVIO DE UN INFORME DE SUPERVISIÓN luego de haberse surtido los descargos y haberse remitido por correo electrónico los alegatos conclusivos por las partes e intervinientes, supera la oportunidad otorgada por ley para el decreto y práctica de pruebas dentro del expediente; así las cosas, el informe de supervisión y sus anexos remitidos por parte de la administración con posterioridad a la presentación de alegatos por las partes, atenta contra el debido proceso y el ejercicio del debido proceso. Y es que, la citación que convoca el inicio del proceso administrativo constituye el pliego de cargos y, como tal, fija el marco de la actuación administrativa y establece unos derroteros para el ejercicio del poder sancionatorio en cabeza de la administración, tal y como lo prescribe el artículo 86 de la ley 1474; **(ii)** que como parte de ese debido proceso, la definición de un incumplimiento deberá responder a la valoración de las pruebas que se aporten, así como a los principios generales que rigen la contratación pública, y no solo soportarse en los informes del interventor o supervisor del contrato; **(iii)** que el estudio que realice la entidad sobre el actuar del contratista debe verificar las circunstancias que rodearon la conducta de este, de manera que no se limite a una valoración objetiva del cumplimiento o no de una obligación, sino que tengan en consideración los supuestos fácticos o de otro orden que podrían haber incidido en la ejecución de las prestaciones. Es decir, garantizar que no se esté frente a la proscrita responsabilidad objetiva; **(iv)** que la garantía de esos presupuestos es lo que le permitirá a la DIAN realizar una valoración de la actuación del contratista, contrastándola con las exigencias contractuales y legales, los principios de transparencia, economía y responsabilidad y así determinar o no la procedencia de una multa o una declaratoria de incumplimiento, haciendo efectiva la cláusula penal pactada; **(v)** que la sanción debe responder a los principios de proporcionalidad, equidad y razonabilidad y propiciar que se observen aquellos de la función pública. Por ende, declarar un incumplimiento, por una falta menor y sin trascendencia en el contrato, desconoce la finalidad de la declaratoria de incumplimiento que demanda una afectación grave del contrato; **(vi)** que se encuentra acreditado el cumplimiento del contratista; (vii) que en el informe de supervisión #8 se deja claro que el 8 de marzo se CUMPLIÓ con los insumos de acuerdo con el pedido inicial dio cumplimiento en un 100%; **(vii)** que respecto de los **Elementos y Maquinaria**; El día 8 de marzo cumplió 100% la

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

entrega total de los 2684 elementos y maquinaria contratados en alquiler; **(viii)** que Elementos y Maquinaria; El día 8 de marzo cumplió 100% la entrega total de los 2684 elementos y maquinaria contratados en alquiler. -Se completó la totalidad del personal (65) el día 23 de febrero de 2022, habiendo dado cumplimiento a un 100%; **(ix)** que 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 ASEAR-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 ASEAR- 4268 por no descontar incapacidades y permisos del personal de Aseo y cafetería"; **(x)** que 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"; **(xi)** que en los informes de supervisión se indica que existe cumplimiento de aportes parafiscales a cargo del contratista; **(xii)** que en el testimonio de TATIANA ANDREA BERNAL SALAS se acreditó por su dicho que "la afiliación se hace ante la EPS y ellos demoran más o menos 5 días en dar respuesta si aceptan o no a la persona y posterior a esto cada EPS es independiente de actualizar sus plataformas y estuvimos averiguando y algunas demoran un mes otros meses para poder visualizar que ASEAR era el aportante. También hay que tener en cuenta que el pago de la seguridad social se hace mes vencido, entonces es imposible que en la certificación aparezca ASEAR como aportante"; **(xiii)** que según el testimonio de TATIANA ANDREA BERNAL SALAS "la entidad tenía conocimiento de los problemas, telefónicamente se habló y se envió por correo electrónico" sobre los inconvenientes de la PANDEMIA. Y frente a los ausentismos indicó "que se reclutó operarios de otras órdenes de compra en Bogotá, revisaron información que cumpliera con las exigencias y empezaron a hacer los traslados"; **(xiv)** que no se acreditó la cuantía de la pérdida, en términos del 1077 del Código de Comercio, tal y como se establece además en la póliza y sus condiciones generales y particulares; **(xv)** que según las condiciones generales de la póliza, se estableció LA COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR DEL CONTRATISTA GARANTIZADO, esto es, que el evento de declararse probado el incumplimiento de la contratista, y de llegarse a afectar la póliza, deberá tenerse en cuenta, las sumas que la entidad contratante, le adeude al contratista, y en caso tal, disminuir la indemnización del seguro en el monto de dichas acreencias, con fundamento en los artículos 1714 del Código Civil; reiterando que al respecto deberá declararse probado lo manifestado por la entidad CONTRATISTA; **(xvi)** que de llegar a probarse el incumplimiento de la contratista NO deberá darse aplicación a la multa porque se encuentra acreditado el CUMPLIMIENTO; y, si considera hacer efectiva, no la imposición de la multa sino hipotéticamente la cláusula penal pecuniaria, la dosimetría de la sanción de la cláusula penal deberá ser proporcional al incumplimiento del contrato, es decir, se deberá tener en cuentas las obligaciones que el contratista ejecutó y tasar proporcionalmente. ART 1596 Código civil y Consejo de Estado en sección tercera sentencia 6 de diciembre de 2013 (CP DANILO ROJAS BETANCOURTH) expediente 27593; **(xvii)** que en Consejo de Estado (CP JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA expediente 53877, del 26 de noviembre de 2015) ha señalado en torno a la proporcionalidad que: "compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad. Todo lo anterior, se traduce entonces en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear necesariamente, el deber jurídico de la motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista"; **(xviii)** que el decreto de la prueba documental y testimonial ordenada por la autoridad administrativa DIAN no pueden desconocer el principio de congruencia y la garantía del ejercicio de defensa desde la sesión del 26 de junio de 2023; **(xix)** que el envío del informe de supervisión no puede

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

constituirse como prueba, al haberse precluido la oportunidad y vulnerar la defensa del debido del proceso, al intentar edificar un "*pliego dinámico*" del cual las partes deberían tener oportunidad de conocer desde el momento mismo del traslado del pliego citatorio y no con posterioridad, máxime cuando en el expediente ya fueron escuchadas las partes con sus descargos y sus solicitudes de elementos de prueba, así como sus alegatos. Téngase en cuenta que las partes ya ejercieron sus descargos, expusieron sus circunstancias de defensa y solicitaron pruebas conforme al pliego citatorio allegado; **(xx)** que la GARANTÍA (ÚNICA) de cumplimiento a favor de entidades estatales 3210277-5 cuyo tomador y afianzado es ASEAR S.A. E.S.P., consagra dentro de su amparo de cumplimiento un valor asegurado que asciende a (\$227.226.564,00) que, según las condiciones generales, particulares, económicas del contrato que se aportan, es el límite máximo de indemnización a cargo de la garante bajo tal cobertura; **(xxi)** que existen exclusiones pactadas en el condicionado consistentes en causa extraña, esto es, fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima y que la entidad garante no puede responder por obligaciones indemnizatorias que no se encuentren previamente estipuladas, o por fuera de los amparos cobertura; **(xxii)** que si bien la entidad estatal tiene la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, no por ello se le exime de demostrar el INCUMPLIMIENTO, en la medida en que no opera presunción alguna que desplace el deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual; **(xxiii)** que para ser efectiva la garantía, la entidad estatal deberá acreditar la ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida de conformidad con el artículo 1077 del CCo. Frente a este punto, en el hipotético caso de considerarse acreditado el incumplimiento, la imposición de multas y CLAUSULA penal no son concurrentes; **(xxix)** que si bien la UAE- DIAN pretende hacer efectiva la cláusula penal por "el posible incumplimiento de Orden de Compra 80276" de conformidad con la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, por la sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, señala como tope mensual, el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir \$14.201.660, suma que difiere con lo liquidado por valor de "27.347.330"; **(xxx)** que NO SE ENCUENTRA ACREDITADO OCURRENCIA NI CUANTÍA en los términos del artículo 1077 CCO; **(xxxi)** que se debe tener presente la BUENA FE de las actuaciones del contratista, PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD del contrato y la facultad subrogatoria de conformidad con el artículo 1096 cco; **(xxxii)** que **FALTA DE DEMOSTRACIÓN DEL SINIESTRO Y CUANTÍA**. No existe prueba de la ocurrencia del siniestro ni cuantía de la pérdida, en términos del 1077 del Código de Comercio, tal y como se establece en la póliza y sus condiciones generales y particulares; **(xxxiii)** **COBERTURA DE LA PÓLIZA**. Según lo señalado en las condiciones generales de la citada póliza, en la sección COBERTURAS, se establece: "3. *Cumplimiento del contrato. Cubre a la entidad estatal de los perjuicios derivados de: El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista-garantizado. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista-garantizado. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.*" El amparo, eventualmente, para afectarse sería el de CUMPLIMIENTO del contrato; **(xxxiv)** que en virtud del pago de la indemnización SURA se subroga, hasta concurrencia de su importe, en todos los derechos del asegurado contra el contratista-garantizado; **(xxxv)** que quedó acreditado por las pruebas aportadas por la CONTRATISTA que cumplió con sus obligaciones contractuales; **(xxxvi)** que solicita DECRETAR el cumplimiento del contrato y DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas frente al contrato y la garantía de cumplimiento; y **(xxxvii)** que de llegarse eventualmente a declarar el incumplimiento de la contratista afianzada y de aplicarse alguna sanción a ésta, haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria REPONER LA DECISIÓN que en dicho sentido se tome y ADECUAR LA SANCIÓN DE MANERA PROPORCIONAL AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CITADO, es decir, se deberán tener en cuenta las obligaciones que el contratista SÍ EJECUTÓ Y SI CUMPLIÓ y bajo ese parámetro REPONER la tasación de manera proporcional a dicho cumplimiento contractual, indicando el límite del valor asegurado de la garantía expuesta.

8.3. INCIDENTE DE NULIDAD PROPUESTO POR ASEAR S.A. E.S.P. y LA ASEGURADORA

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

8.3.1. Mediante correo electrónico del 06 de septiembre de 2023 la Dra. **MARÍA ANTONIA LLANO ZAPATA** en su calidad de apoderada del contratista **ASEAR S.A. E.S.P.**, solicitó a la **DIAN**: (i) Decretar la improcedencia del informe de supervisión del 05 de septiembre de 2023, (ii) tramitar incidente de nulidad, (iii) resolver la declaratoria de incumplimiento conforme a las pruebas decretadas por los contratistas y garantes y que reposan en el pliego citatorio, y (iv) que se fije una fecha definitiva para la audiencia, en la que se decida la declaratoria de incumplimiento.

La apoderada del contratista fundamentó el incidente de nulidad en el artículo 29 de la Constitución Política, que consideró fue vulnerado, porque en su entender, la oportunidad probatoria había precluido, porque la aseguradora y contratista dieron traslado de los alegatos de conclusión.

La apoderada en su solicitud manifestó: (i) que la Ley 1474 de 2011, indica que los términos son perentorios para cada etapa procesal, (ii) que el envío del informe de supervisión del 05 de septiembre de 2023 y sus anexos estaba viciado de nulidad, ya que el 26 de junio de 2023 tenían que haberse practicado todas las pruebas del expediente, (iii) que conocer elementos con posterioridad a la presentación de los alegatos de conclusión, vulnera el debido proceso administrativo, violenta los principios de congruencia, imparcialidad y garantía de defensa; (iv) que el 10 de agosto ASEAR SA presentó los alegatos de conclusión a través de correo electrónico; (v) que la DIAN no comunicó al contratista y aseguradora el decreto del informe de supervisión, (vi) que en la sesión 2 se dio por terminada la etapa probatoria del proceso y se pasó a los alegatos de conclusión, y (vii) que la oportunidad para que la DIAN decretara pruebas o controvirtiera finalizó.

En respuesta al incidente de nulidad solicitado por la apoderada de **ASEAR S.A. E.S.P.**, la **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **DIAN** en la sesión 3 de la audiencia realizada el 22 de septiembre de 2023 aclaró: (i) que de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los descargos, intervenciones y alegatos del contratista y aseguradora se debían presentar en audiencia y no mediante correo electrónico; (ii) que en los procesos administrativos sancionatorios, el contratista y aseguradora el día de la audiencia podían presentar sus descargos, intervenciones, pruebas, objeciones y/o alegatos en PDF, enviados mediante correo electrónico, para que cuando se expusieran en audiencia, se adjuntaran al acta de la audiencia, para evitar su transcripción; (iii) que en el caso concreto, no es cierto que a la fecha (septiembre 22 de 2023) el contratista y aseguradora hayan presentado en audiencia sus alegatos de conclusión, (iv) que los alegatos de conclusión debían ser presentados en audiencia, cuando la Subdirectora de Compras y Contratos conceda el uso de la palabra a la apoderada del contratista y al apoderado de la aseguradora para el efecto, quienes podían manifestar que exponían los alegatos remitidos en PDF mediante correo electrónico o podían cambiar o complementar su intervención, (v) que no es cierto que en los procesos administrativos sancionatorios contractuales exista un periodo probatorio que se cierre de manera preclusiva y perentoria, porque si esto fuera así, no se podría aplicar la regla del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que establece: "*La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento*"; (vi) que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, obliga a ordenar la terminación del procedimiento "*en cualquier momento*" antes de la notificación en audiencia de la decisión que resuelve el proceso, si por cualquier medio - *incluyendo informes actualizados del supervisor*- tiene conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento; (vii) que de conformidad con el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso administrativo se podían aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición de parte, sin requisitos especiales, (viii) que la **DIAN** podía ordenar las pruebas que considerara pertinentes, conducentes y necesarias para resolver el proceso administrativo sancionatorio, garantizando el derecho de contradicción del contratista y aseguradora; (ix) que la nulidad de los actos administrativos solo puede ser declarada por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Art.136 y siguientes, L.1437/2011), (x) que en el caso concreto, no existía acto administrativo que

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

podría ser revocado¹⁶, porque no se había resuelto el proceso administrativo sancionatorio contractual, **(xi)** que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011, la **DIAN**, en cualquier momento anterior a la expedición del acto administrativo, podía corregir las irregularidades que se hubieran presentado en la actuación administrativa, para ajustarla a derecho y adoptar las medidas para concluirla; **(xii)** que si bien es cierto que la **DIRECTORA SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ**, en su calidad de Supervisora de la **Orden de Compra No. 80276** de 2021, mediante correo electrónico del 06 de septiembre de 2023, remitió al contratista, aseguradora y a la Subdirección de Compras y Contratos de la **DIAN**, PDF del oficio 1-32-257-1336 del 05 de septiembre de 2023 denominado **"INFORME DE SUPERVISIÓN DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO INICIADO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE COMPRA No. OC 80276 DE 2021 CON OCASIÓN A LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA EMPRESA CONTRATISTA ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253 Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT 890.903.407"** y anexos, este documento no podía ser valorado como prueba dentro del procedimiento, si no existe una orden previa de la **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **DIAN** para incorporarlo al proceso; y **(xiii)** que en sede administrativa no era viable el incidente de nulidad solicitado por la apoderada del contratista.

8.3.2. Mediante correo electrónico del 06 de septiembre de 2023 el Dr. **SEBASTIÁN FELIPE SÁNCHEZ ZAPATA** en su calidad de apoderado de la aseguradora, solicitó a la Subdirección de Compras y Contratos de la **DIAN** decretar la improcedencia del informe de supervisión del 5 de septiembre de 2023 y dar trámite a incidente de nulidad, por la presentación de dicho informe con posterioridad a la presentación de alegatos de conclusión mediante correo electrónico del 10 de agosto de 2023. El apoderado de la aseguradora alego que la presentación de dicho informe vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 138 del Código Contencioso Administrativo y artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En respuesta al incidente de nulidad solicitado por el apoderado de la aseguradora, la **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **DIAN** manifestó en la sesión 4 de la audiencia realizada el 05 de octubre de 2023: **(i)** que de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los descargos, intervenciones y alegatos del contratista y aseguradora se debían presentar en audiencia y no mediante correo electrónico; **(ii)** que en los procesos administrativos sancionatorios, el contratista y aseguradora el día de la audiencia podían presentar sus descargos, intervenciones, pruebas, objeciones y/o alegatos en PDF, enviados mediante correo electrónico, para que cuando se expongan en audiencia, se adjunten al acta de la audiencia, para evitar su transcripción; **(iii)** que en el caso concreto, no era cierto que a la fecha (octubre 5 de 2023) el contratista y aseguradora hubieran presentado en audiencia sus alegatos de conclusión, **(iv)** que los alegatos de conclusión debían ser presentados en audiencia, cuando la Subdirectora de Compras y Contratos le concediera el uso de la palabra a la apoderada del contratista y a el apoderado de la aseguradora para el efecto, quienes podían manifestar que expondrían los alegatos remitidos en PDF mediante correo electrónico o podrían cambiar o complementar su intervención, **(v)** que la nulidad de los actos administrativos solo podía ser declarada por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Art.136 y siguientes, L.1437/2011), **(vi)** que en el caso concreto, no existía acto administrativo que pudiera ser revocado¹⁷, porque no se había resuelto el proceso administrativo sancionatorio contractual, **(vii)** que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011, la **DIAN**, en cualquier momento anterior a la expedición del acto administrativo, podía corregir las irregularidades que se hubieran presentado en la actuación administrativa, para ajustarla a derecho y adoptar las medidas para concluirla; **(viii)** que si bien es cierto que la **DIRECTORA SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ**, en su calidad de Supervisora de la **Orden de Compra No. 80276** de 2021, mediante correo electrónico del 06 de septiembre de 2023, remitió al contratista, aseguradora y a la Subdirección de Compras y Contratos de la **DIAN**, PDF del oficio 1-32-257-1336 del 05 de septiembre de 2023 denominado

¹⁶ Revocatoria regulada en el artículo 93 y siguientes de la Ley 1437 de 2011

¹⁷ Revocatoria regulada en el artículo 93 y siguientes de la Ley 1437 de 2011

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

"INFORME DE SUPERVISIÓN DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO INICIADO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE COMPRA No. OC 80276 DE 2021 CON OCASIÓN A LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA EMPRESA CONTRATISTA ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253 Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT 890.903.407" y anexos, este documento no podía ser valorado como prueba dentro del procedimiento, si no existía una orden previa de la **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **DIAN** para incorporarlo al proceso; **(ix)** que en sede administrativa no era viable el incidente de nulidad solicitado por la apoderada del contratista; **(x)** que la etapa probatoria se agotó en la sesión 3, en la que se ordenó a la supervisora la presentación de informe a más tardar el 29 de septiembre de 2023, para que contratista y aseguradora tuvieran el tiempo suficiente para conocerlo y preparar sus alegatos de conclusión para la sesión 4 de la audiencia, **y (xi)** que el informe de la supervisor efectivamente fue presentado el 29 de septiembre de 2023.

8.4. **CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA Y LA ASEGURADORA**

El interés público que la Administración Pública busca satisfacer mediante la actividad contractual, depende de que el contratista en su calidad de colaborador privado, cumpla estrictamente las obligaciones a su cargo.

La prevalencia del interés público impone que el ordenamiento jurídico le confiera a la Administración la potestad de adelantar proceso administrativo sancionatorio para imponer multas pactadas, declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pactada o declarar la caducidad del contrato, según el caso.

8.4.1. **CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS FRENTE AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 1:**

La supervisora del contrato mediante Oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de marzo de 2022 informó a la Subdirección de Compras y Contratos de la DIAN que el contratista **ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8** había presuntamente incumplido las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 7 literal (g)¹⁸, cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26¹⁹, cláusula 11.43²⁰, cláusula 11.44²¹ y cláusula 11.57²² del **AMP CCE-972-AMP-2019**, porque de los 2.684 elementos, equipos y maquinaria con los que debía prestar el servicio desde la suscripción del acta de inicio (01 de diciembre de 2021) el contratista solo entregó a sus trabajadores para la ejecución del contrato 201 bienes en diciembre de 2021, 1034 bienes en enero de 2022 y 2670 bienes en febrero de 2022, a pesar de los reiterados requerimientos de la supervisión, como se sintetiza en el siguiente cuadro:

¹⁸ El Proveedor debe cumplir con los requisitos establecidos en las fichas técnicas incluidas en los anexos 1, 2, 3, 4 y 5 del pliego de condiciones

¹⁹ El proveedor debe Cumplir con las disposiciones del Acuerdo Marco durante la vigencia de todas las Órdenes de Compra, aun cuando estas excedan la vigencia del Acuerdo Marco

²⁰ El Proveedor debe entregar los Bienes de Aseo y Cafetería requeridos en la Orden de Compra en las instalaciones de la Entidad Compradora y en las fechas y/o periodos definidos por la Entidad Compradora y el Proveedor en el Documento de Inicio.

²¹ Prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería con los Bienes de Aseo y Cafetería con elementos, equipos y maquinaria en buenas condiciones de tal forma que no representen un obstáculo para la ejecución eficiente de las labores del personal.

²² Responder a los reclamos, consultas y/o solicitudes de las Entidades Compradoras eficaz y oportunamente, de acuerdo con lo establecido en el presente documento. Considerar a cada una de las Entidades Compradoras como clientes prioritarios

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Periodo	Cantidad contratada	Cumple		No cumple		Cláusula Penal			
		Cantidad	%	Cantidad	%	8 meses	1 mes	% no cumplido	Aplicación proporcional
Diciembre	2684	201	7,4888	2483	92,51	\$113.613.282	\$14.201.660	92,51	13.138.123
Enero	2684	1034	38,525	1650	61,48		\$14.201.660	61,48	8.730.529
Febrero	2684	2670	99,478	14	0,522		\$14.201.660	0,522	74.077
marzo	2684	2670	99,478	14	0,522		\$3.313.721	0,522	17.285
									21.868.652

El contrato es ley para las partes (Art.1602 del Código Civil) y tanto la DIAN como el contratista debían cumplirlo, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio eran inalterables²³.

En la cláusula 11.43 del AMP CCE-972-AMP-2019 El contratista ASEAR S.A. E.S.P. se obligó a “Entregar los Bienes de Aseo y Cafetería requeridos en la Orden de Compra en las instalaciones de la Entidad Compradora y en las fechas y/o periodos definidos por la Entidad Compradora y el Proveedor en el Documento de Inicio”

En la cláusula 11.44 del AMP CCE-972-AMP-2019 El contratista ASEAR S.A. E.S.P. se obligó a “Prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería con los Bienes de Aseo y Cafetería con elementos, equipos y maquinaria en buenas condiciones de tal forma que no representen un obstáculo para la ejecución eficiente de las labores del personal”

En la cláusula 11.57 del AMP CCE-972-AMP-2019 El contratista ASEAR S.A. E.S.P. se obligó a “Responder a los reclamos, consultas y/o solicitudes de las Entidades Compradoras eficaz y oportunamente, de acuerdo con lo establecido en el presente documento. Considerar a cada una de las Entidades Compradoras como clientes prioritarios”

El incumplimiento del contratista se configura ipso iure o de pleno derecho, cuando no ha observado sus obligaciones dentro el plazo contractual o las ha atendido defectuosamente, sin necesidad de la Administración Pública le deba formular una interpelación o requerimiento para constituirlo en mora, en virtud a que para la satisfacción de las necesidades de la colectividad es esencial que se cumplan íntegramente las obligaciones a cargo del colaborador privado dentro del plazo contractual, es lo que se conoce como el privilegio de la mora ex re.

Los derechos y obligaciones se deben cumplir por las partes en las condiciones pactadas, lo que implica que el incumplimiento del contratista se configura automáticamente por la no ejecución de la prestación o por su ejecución defectuosa dentro del término pactado.

En el caso concreto, cada día de ejecución de la orden de compra, en el que el contratista no disponía de la cantidad del personal, maquinaria y equipo contratado, consumaba el incumplimiento de ese día y no se podía subsanar al día siguiente, porque el servicio no prestado del día anterior ya no se podía prestar.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 04/06/1998, Expediente 13988, MP Ricardo Hoyos Duque.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

8.4.1.1. La apoderada del contratista y apoderado de la aseguradora aceptan que durante el mes de diciembre de 2021 y los meses de enero y febrero de 2022, el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** no prestó el servicio con los elementos, equipos y maquinaria contratados, cuando aceptan que solo a partir del **08 de marzo de 2022** dichos elementos, equipos y maquinaria fueron dispuestos en su totalidad para la ejecución de la orden de compra. Lo anterior se corrobora con las siguientes manifestaciones:

Así, la apoderada del contratista confirmó que solo a partir del **08 de marzo de 2022** el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** cumplió la obligación de la cláusula 11.44 del **AMP CCE-972-AMP-2019** que correspondía a "Prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería con los Bienes de Aseo y Cafetería con elementos, equipos y maquinaria en buenas condiciones de tal forma que no representen un obstáculo para la ejecución eficiente de las labores del personal", con la totalidad de los elementos, equipos y maquinaria contratados cuando manifestó:

- "2.1.8 Solo hasta el día 8 de marzo de 2022 el contratista cumplió el 100% de esta obligación, al entregar los 2.684 bienes (elementos y maquinaria), que debieron ser entregados desde el 01 de diciembre de 2021 a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, es decir, que ASEAR S.A. E.S.P. cumplió su obligación contractual con tres (3) meses y siete (7) días de mora", manifiesta la apoderada del contratista que "Es cierto, aunque cabe resaltar que los faltantes para cumplir al 100% con la obligación, eran atribuibles a maquinaria no a insumos ya que los insumos fueron entregados de forma correcta durante la ejecución del contrato. Ya que como consta en los informes de supervisión mes a mes el cumplimiento de insumos era al 100%. (VER ANEXOS 10, 11, 12 Y 13)"
- "2.1.9 Por lo anterior, ASEAR S.A. E.S.P. durante tres (3) meses y siete (7) días de los ocho (8) meses que corresponden al plazo total de ejecución del contrato, no cumplió las obligaciones consagradas en la Cláusula 7 literal (g), cláusula 7 literal (k), Cláusula 11.26, cláusula 11.43, cláusula 11.44 y cláusula 11.57 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019", manifiesta la apoderada del contratista: "A pesar de lo expresado en es (sic) importante establecer que se dio un cumplimiento defectuoso de la obligación por situaciones que no son atribuibles a nuestra compañía ya que en todo momento estuvimos dispuestos a cumplir y a prestar un servicio continuo y a pesar de que habían faltantes de maquinaria el servicio se presto (sic) en debida forma, ya que en los informes de supervisión y en las alertas que recibimos por parte de la entidad compradora nunca se nos puso de presente que se dejo (sic) de realizar alguna actividad o alguna zona no se limpio (sic) o desinfecto correctamente por la no entrega de la maquinaria solicitada a tiempo lo que da indicios sobre el nivel de gravedad del cumplimiento defectuoso de la obligación"(subrayado fuera de texto)
- "ASEAR SA ESP se opone al cobro total de la cláusula penal teniendo en cuenta que según las pruebas aportadas no existió un incumplimiento total de las obligaciones enunciadas, solo un cumplimiento tardío que en ningún punto fue equivalente a mas del 80% del contrato y en virtud de la proporcionalidad y razonabilidad proponemos el pago del 10% de la suma requerida por la entidad , esto es DOS MILLONES SETESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$2.734.733) este pago lo realizaría directamente nuestra compañía y no habría lugar a afectar la póliza de cumplimiento No. 3210277-5" (subrayado fuera de texto)
- "que 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" (subrayado fuera de texto)
- "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"

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- 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" (subrayado fuera de texto)
- "que 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 facturó servicios no suministrados"
- "que 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)"

8.4.1.2. Cumplimiento en la entrega de insumos:

La apoderada del contratista afirma que desde el primer día de ejecución se cumplió al 100% de la entrega de insumos. Sin embargo, como no se trata de una obligación reportada como presuntamente incumplida y no es objeto del proceso administrativo sancionatorio contractual, su cumplimiento no afecta la decisión que lo resuelva.

8.4.1.3. Cesación de la situación de incumplimiento:

La apoderada del contratista y de la aseguradora consideran que **ASEAR S.A. E.S.P.** cumplió el 100% de sus obligaciones y que no puede manifestarse que exista incumplimiento total ni parcial de las obligaciones del contrato, porque según su entender, se encuentran acreditadas gran parte de obligaciones por parte de la empresa.

En este sentido manifiesta la apoderada del contratista:

- "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" (subrayado fuera de texto)
- "que 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)"

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Respecto del cumplimiento de las obligaciones reportadas como incumplidas, el apoderado de la aseguradora manifiesta:

- “ASEAR S.A. E.S.P se allanó a cumplir con la totalidad de las obligaciones del contrato”
- “no puede manifestarse que exista incumplimiento total ni parcial de las obligaciones del contrato, estando acreditadas gran parte de obligaciones por parte del contratista”
- “declarar un incumplimiento, por una falta menor y sin trascendencia en el contrato, desconoce la finalidad de la declaratoria de incumplimiento que demanda una afectación grave del contrato”
- “se encuentra acreditado el cumplimiento del contratista”
- “respecto de los **Elementos y Maquinaria**; El día 8 de marzo cumplió 100% la entrega total de los 2684 elementos y maquinaria contratados en alquiler”
- “que solicita **DECRETAR** el cumplimiento del contrato”

Respecto de estas apreciaciones del apoderado del contratista y aseguradora, encuentra la Subdirección de Compras y Contratos que si se hubiera tratado de un contrato de obra o de un contrato de compraventa y/o suministro, la entrega del bien generaría como consecuencia la cesación de la mora de la obligación de entregar dicho bien.

Sin embargo, como la obligación del contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** no consistía en la entrega de los bienes, sino en la prestación del servicio con la cantidad de elementos, equipos y maquinaria contratados a partir del 01 de diciembre de 2021, no se puede concluir que por el hecho de que a partir del **08 de marzo de 2022** los hubiera dispuesto, se hubiera subsanado el incumplimiento parcial de los meses anteriores, en los que los elementos, equipos y maquinaria contratados para la prestación del servicio no fueron entregados a sus trabajadores, ni estuvieron disponibles.

No se trata de un incumplimiento menor <como lo afirma el apoderado de la aseguradora> o de un simple retraso <como lo afirma la apoderada del contratista>, sino del incumplimiento parcial en la prestación del servicio en las condiciones de calidad pactadas durante tres (3) meses y siete (7) días, durante los cuales el contratista ASEAR S.A. E.S.P. no entregó a su personal los elementos, equipos y maquinaria contratados para la prestación del servicio de aseo y cafetería en las condiciones de calidad pactadas.

Así las cosas, con lo manifestado por la supervisión y confirmado por la apoderada del contratista y apoderado de la aseguradora en audiencia, la orden de compra No. 80276 de 2021 durante los meses de diciembre de 2021 y enero y febrero de 2022, fue ejecuta por el contratista ASEAR S.A. E.S.P. sin la totalidad de los elementos, equipos y maquinaria contratados, en condiciones de calidad muy inferiores a las pactadas, porque no dispuso del número de trabajadores ni de la cantidad de elementos, equipos y maquinaria contratados, como se evidencia en el siguiente cuadro resumen:

Periodo	Cantidad contratada	Cumple		No cumple	
		Cantidad	%	Cantidad	%
Diciembre	2684	201	7,4888	2483	92,51
Enero	2684	1034	38,525	1650	61,48
Febrero	2684	2670	99,478	14	0,522
marzo	2684	2670	99,478	14	0,522

Lo anterior fue evidenciado por la supervisión del contrato en los informes periódicos de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021, en los que dejaron las siguientes constancias:

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- En el Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de diciembre de 2021, expedido el 06 de enero de 2022, la supervisora observó: **(i)** "el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas", **(ii)** "Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de elementos y Maquinaria y a la fecha no han dado cumplimiento de ello (relación punto 6)", **(iii)** "Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)" y **(iv)** "Elementos y Maquinaria; De los 2.829 elementos y maquinaria contratados en alquiler han entregado 204 quedando un faltante de 2.625, lo que quiere decir que han cumplido en un 7,21%".

Nota: En el Informe periódico de supervisión que va del 01 al 31 de diciembre de 2021 se reportó un faltante de **2.725** elementos y maquinaria, mientras que en el Informe de presunto incumplimiento de la Orden de Compra que originó el inicio del proceso administrativo sancionatorio contractual se reportó un faltante de **2.483** elementos y maquinaria. Para efectos del sancionatorio se tendrá en cuenta el reporte del faltante de **2.483** elementos y maquinaria, porque le resulta más favorable al contratista y fue el informado en la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

- En el Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de enero de 2022, expedido el 16 de febrero de 2022, la supervisora observó: **(i)** "el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas", **(ii)** "Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de elementos y Maquinaria y a la fecha no han dado cumplimiento de ello (relación punto 6)", **(iii)** "Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)", **(iv)** "Enero de 2022 - Se radicó un oficio ante la aseguradora informando sobre el posible incumplimiento" y **(v)** "Elementos y Maquinaria; De los 2.829 elementos y maquinaria contratados en alquiler han entregado 204 quedando un faltante de 2.625, lo que quiere decir que han cumplido en un 7,21%".

Nota: En el Informe periódico de supervisión que va del 01 al 31 de enero de 2022 se reportó un faltante de **2.625** elementos y maquinaria, mientras que en el Informe de presunto incumplimiento de la Orden de Compra que originó el inicio del proceso administrativo sancionatorio contractual se reportó un faltante de **1.650** elementos y maquinaria. Para efectos del sancionatorio se tendrá en cuenta el reporte del faltante de **1.650** elementos y maquinaria, porque le resulta más favorable al contratista y fue el informado en la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

- En el Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 28 de febrero de 2022, expedido el 11 de marzo de 2022, la supervisora observó: **(i)** "el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas", **(ii)** "Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de elementos y Maquinaria y a la fecha no han dado cumplimiento de ello (relación punto 6)", **(iii)** "Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)", **(iv)** "Enero de 2022 - Se radicó un oficio ante la aseguradora informando sobre el posible incumplimiento" y **(v)** "Elementos y Maquinaria; De los 2629 elementos y maquinaria contratados en alquiler han entregado 2851 quedando un faltante de trece (13), (porque entregaron una maquinaria en mal estado), lo que quiere decir que han cumplido en un 99,5%".

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Nota: En el Informe periódico de supervisión que va del 01 al 28 de febrero de 2022 se reportó un faltante de **13** elementos y maquinaria, mientras que en el Informe de presunto incumplimiento de la Orden de Compra que originó el inicio del proceso administrativo sancionatorio contractual se reportó un faltante de **14** elementos y maquinaria. Para efectos del sancionatorio se tendrá en cuenta el reporte del faltante de **13** elementos y maquinaria, porque le resulta más favorable al contratista.

- En el Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de marzo de 2022, expedido el 12 de abril de 2022, la supervisora observó: **(i)** "el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas", **(ii)** "Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de elementos y Maquinaria y a la fecha no han dado cumplimiento de ello (relación punto 6)", **(iii)** "pero siguen incumplimiento el abastecimiento de INSUMOS y la entrega total de la Maquinaria, por ello se le comunicado en varias oportunidades al Doctor Alberto Antonio Garcia Representante legal - ASEAR S.A E.S. que se diera cumplimiento en su totalidad a esta orden en la cantidad de personas, insumos y los Elementos y Maquinaria", **(iv)** "Diciembre 15 de 2021 - Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)", **(v)** "Enero de 2022 - Se radicó un oficio ante la aseguradora informando sobre el posible incumplimiento" y **(vi)** "Elementos y Maquinaria: De los 2629 elementos y maquinaria contratados en alquiler han entregado 2851 quedando un faltante de trece (13), (porque entregaron una maquinaria en mal estado), lo que quiere decir que han cumplido en un 99, 5%" "

Nota: En el Informe periódico de supervisión que va del 01 al 31 de marzo de 2022 se reportó un faltante de **13** elementos y maquinaria, mientras que en el Informe de presunto incumplimiento de la Orden de Compra que originó el inicio del proceso administrativo sancionatorio contractual se reportó un faltante de **14** elementos y maquinaria. Para efectos del sancionatorio se tendrá en cuenta el reporte del faltante de **13** elementos y maquinaria, porque le resulta más favorable al contratista.

Como consecuencia del cambio de la cantidad elementos y maquinaria faltantes en febrero y marzo de 2022, la tasación de la cláusula penal del presunto incumplimiento No. 1 se actualiza así:

Periodo	Cantidad contratada	Cumple		No cumple		Cláusula Penal			
		Cantidad	%	Cantidad	%	8 meses	1 mes	% no cumplido	Aplicación proporcional
Diciembre	2684	201	7,4888	2483	92,51	\$113.613.282	\$14.201.660	92,51	13.138.123
Enero	2684	1034	38,525	1650	61,48		\$14.201.660	61,48	8.730.529
Febrero	2684	2670	99,478	13	0,48%		\$14.201.660	0,48	68.163
marzo	2684	2670	99,478	13	0,48%		\$3.313.721	0,48	15.905
									21.952.726

- En el **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 06 de enero de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en diciembre de 2021, en la que se dejó la siguiente constancia:

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

"Certificación de recibido a satisfacción"
<i>Regular, en promedio <u>el servicio tiene una calificación del 60% en la calidad la limpieza de las instalaciones y mantenimiento locativo básico con los tres servicios Integral de Aseo y Cafetería así (72% del Personal, 100% entrega de insumos y 7,21% en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria solicitados).</u></i>
<i>Dotación Operario de Mantenimiento; <u>No hicieron entrega del kit de mantenimiento, lo cual ha impedido desempeñar las funciones relacionadas con esas labores</u></i>
<i>De parte de la empresa compradora no se tiene respuesta a las solicitudes realizadas relacionadas con el cumplimiento de la orden de compra".</i>

- En el **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 16 de febrero de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en enero de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

"Certificación de recibido a satisfacción"
<i>Regular, en promedio <u>el servicio tiene una calificación del 70%, en cuanto a la calidad la limpieza de las instalaciones y mantenimiento locativo básico con los tres servicios Integral de Aseo y Cafetería discriminado así: 92% del Personal, (con una rotación del 10%), 78% entrega de insumos y 39% en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria solicitados.</u></i>
<i>Entrega elementos a Operario de Mantenimiento: <u>no efectuaron entrega del kit de mantenimiento, lo cual ha impedido desempeñar las funciones relacionadas con esas labores. A las supervisoras no le han hecho entrega de la dotación (uniformes)</u></i>
<i>De parte de la empresa compradora no se tiene respuesta al cumplimiento de la orden de compra</i>

- En el **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 11 de marzo de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en febrero de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

"Certificación de recibido a satisfacción"
<i>Se recibió a satisfacción en el mes de Febrero de 2022 el servicio integral de aseo y cafetería (con el personal, insumos y maquinaria asignados) prestado por la empresa ASEAR SA ESP. Por lo anterior autorizamos el pago de la Factura ASEA- 4268</i>

"Observaciones"
<i>Al 28 de febrero a la orden de compra 80276, <u>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)</u></i>
<i>Dotación Operario de Mantenimiento; <u>No hicieron entrega el Kit de Mantenimiento para poder desempeñas las funciones</u></i>

- En el **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 12 de abril de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en marzo de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

"Certificación de recibido a satisfacción"
<i>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</i>

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

El contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** se obligó a disponer de los elementos, equipos y maquinaria contratados para la prestación del servicio a partir del **01 de diciembre de 2021** y solo tres (3) meses y siete (7) días después cumplió plenamente esta obligación, generando como consecuencia un incumplimiento parcial de la Orden de Compra No. 80276 de 2021, por no haber cumplido esta obligación durante el mes de diciembre de 2021, ni durante los meses de enero y febrero de 2022.

Los elementos, equipos y maquinaria dispuestos por el contratista ASEAR S.A. E.S.P. para la ejecución de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 a partir del **08 de marzo de 2022**, no subsanaron el incumplimiento parcial en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria contratados que su personal requería desde el **01 de diciembre de 2021**, para el cumplimiento de sus labores en las condiciones de calidad pactadas.

En este orden, el incumplimiento en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria que el personal de ASEAR S.A. E.S.P. requería desde el **01 de diciembre de 2021** y con el que no contó durante el mes de diciembre de 2021, ni durante los meses de enero y febrero de 2022, no se subsana con el hecho de que a partir de **08 de marzo de 2022** dichos elementos, equipos y maquinaria si hayan sido entregados por el contratista a su personal y hayan sido objeto de alquiler a la DIAN.

Por lo anterior, se configura un incumplimiento parcial de la Orden de Compra No. 80276 de 2021, porque durante los meses de diciembre de 2021, enero y febrero de 2022, el servicio no se prestó en las condiciones pactadas, ya que para la ejecución de la orden de compra durante dichos meses, el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** no dispuso de la totalidad de los elementos, equipos y maquinaria contratada y que debía tener disponibles a partir del 01 de diciembre de 2021, a pesar de los reiterados requerimientos de la supervisión.

8.4.1.4. El contratista no facturó, ni la DIAN pagó servicios no prestados:

La apoderada del contratista afirma que la DIAN no pagó por servicios que no fueron prestados y que **ASEAR S.A. E.S.P.** en ningún momento cobró o facturó insumos, maquinaria o personal que no fuera suministrado, aclarando: *"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"*.

Aunque estas afirmaciones son ciertas, la Subdirección de Compras y Contratos evidencia que el contratista se obligó a prestar el servicio bajo unas condiciones de calidad que correspondían al número de trabajadores y número de elementos, equipos y maquinaria contratados, que para la prestación del servicio debía estar disponible a partir del primer día de ejecución del contrato (01 de diciembre de 2021) y que si el contratista ASEAR S.A. E.S.P. no dispuso las cantidades elementos, equipos y maquinaria pactados, generó incumplimiento parcial de la orden de compra, independientemente de que la DIAN solo haya pagado por los elementos, equipos y maquinaria efectivamente alquilados y por los servicios efectivamente prestados.

Los contratos estatales se caracterizan por la reciprocidad o interdependencia de las prestaciones, propia de los negocios jurídicos sinalagmáticos, lo que implica que las obligaciones a cargo de una de las partes se encuentran íntimamente ligadas a las obligaciones de la otra, las que se consideran equivalentes. Por lo anterior, mal podía el contratista facturar y la DIAN pagar servicios no prestados y el hecho de que no se paguen, no implica que no exista responsabilidad del contratista por el no cumplimiento de sus obligaciones en la calidad, cantidad y oportunidad pactada.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

8.4.1.5. Que el plazo para la entrega de los elementos, equipos y maquinaria contratados se amplió:

Respecto del plazo que tenía el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** para entregar los elementos, equipos y maquinaria contratados, la apoderada del contratista manifestó:

- "consensualmente entre la DIAN y ASEAR SA ESP se fijó una extensión en el plazo para el cumplimiento de las obligaciones de acuerdo a lo fijado en el número 5 y 6 del acta de inicio suscrita por las partes", en los que se comprometió: "5. ASEAR SA ESP se compromete a entregar a la Supervisora dentro del menor término posible, la relación de los 23 operarios y del coordinado que faltan, con la correspondiente acreditación de su afiliación a la ARL, EPS y AFP, teniendo en cuenta que el pago que la DIAN efectuará corresponderá al servicio efectivamente prestado por cada operario y/o coordinador durante el mes y proporcional por fracción de tiempo y (6) ASEAR SA ESP se compromete a entregar a la Supervisor el 02 de diciembre de 2021, los insumos, dotación y maquinaria con la que prestará su servicio en la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá";
- "El Acta de Inicio de la Orden de Compra No. 80276 fue firmada el 01 de diciembre de 2021 y en dicha acta ASEAR S.A. E.S.P. se comprometió a entregar a la Supervisora el 02 de diciembre de 2021, los insumos, dotación y maquinaria con la que prestaría su servicio en la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá"
- "que 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"
- que 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 ASEAR-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 ASEAR- 4268 por no descontar incapacidades y permisos del personal de Aseo y cafetería"
- que 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"

Frente a estas afirmaciones, la Subdirección de Compras y Contratos evidencia que en el acta de inicio suscrita el 01 de diciembre de 2021, la supervisión solo le otorgó un (1) día al contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** para que entregara a la supervisión la maquinaria con la que prestaría sus servicios en la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá.

No se evidencia que la DIAN por intermedio de su representante legal (Subdirector de Compras y Contratos delegado por el Director General de la DIAN mediante Resolución No. 000089 de 2021), ni por intermedio de la Supervisión, le haya otorgado al contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** un plazo mayor para el cumplimiento de la obligación de entregar los elementos, equipos y maquinaria contratados para la prestación del servicio en las condiciones de calidad pactadas.

8.4.1.6. Calidad del servicio contratado Vs Calidad del servicio prestado durante los meses de diciembre de 2021, enero y febrero de 2022:

La apoderada del contratista manifiesta que "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 supervisión 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"

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

En los Informe periódico de supervisión y **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** relacionados en el numeral 7.31. y siguientes de la presente resolución se evidencian todas las inconformidades de la supervisión de la orden de compra, que por la baja calidad en la prestación del servicio, por el incumplimiento del contratista de su obligación de disponer desde la suscripción del acta de inicio (01 de diciembre de 2022) de la totalidad del personal y totalidad de equipos y maquinaria contratada. Dichas inconformidades fueron evidenciadas por escrito, e inclusive se puso en conocimiento de la aseguradora la ocurrencia de un posible incumplimiento de la orden de compra. En dichos documentos el servicio fue calificado con un 60% y 70% de satisfacción, razón por la que no es cierto que no exista evidencia sobre las quejas e inconformidades en la prestación del servicio.

Frente a esta manifestación de la apoderada del contratista, la Subdirección de Compras y Contratos de la DIAN evidencia que **ASEAR S.A. E.S.P.** se obligó a cumplir la Orden de Compra No. 80276 de 2021 en las condiciones de oportunidad y calidad pactadas, debiendo para el efecto disponer a partir de la suscripción del acta de inicio (01 de diciembre de 2021) de la cantidad de personal y elementos, equipos y maquinaria contratados para la prestación del servicio en las condiciones de calidad que requería la DIAN.

Si el servicio que **ASEAR S.A. E.S.P.** prestó a la **DIAN** durante los meses de diciembre de 2021, enero y febrero de 2022 no correspondió a las condiciones calidad pactadas, sino a unas condiciones de calidad muy inferiores, porque se prestó con un número inferior de trabajadores y número inferior de elementos, equipos y maquinaria contratados *-a pesar de los reiterados requerimientos de la supervisión-*, mal podría a la fecha el contratista alegar que cumplió la calidad pactada, porque es evidente que cumplió con una calidad muy inferior a la pactada, sin que sea necesario adjuntar fotografías para demostrarlo.

Así, si en diciembre de 2021 el contratista debía entregar 2684 bienes y entregó 201, es evidente que incumplió con la entrega de 2483 bienes. Si en enero de 2022 el contratista debía disponer de 2684 bienes y entregó 1034 bienes, es evidente que incumplió con la entrega de 1650 bienes. Si en febrero de 2022 el contratista debía disponer de 2684 bienes y entregó 2670 bienes, es evidente que incumplió con la entrega de 14 bienes; y para llegar a esta evidencia no es necesario adjuntar fotografía alguna, sino que basta comparar las cantidades contratadas con las cantidades cumplidas en cada mes, para establecer la cantidad que se incumplió en cada periodo.

Tratándose de la calidad de los bienes y/o servicios contratados, el artículo 5, numeral 1 de la Ley 1480 de 2011 establece que la calidad es la *"Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre de él"*.

Así, si el servicio contratado por la DIAN correspondía al que debían prestar 65 trabajadores que debían disponer de 2684 elementos, equipos y maquinaria para prestar el servicio desde el primer día de ejecución de contrato (01 de diciembre de 2021), se puede inferir que el servicio prestado no correspondió a la calidad pactada, porque desde el primer día de ejecución del contrato la cantidad de personal era muy inferior al pactado y solo fue suficiente a partir del **23 de febrero de 2022** y porque dicho personal no tuvo a su disposición la maquinaria y equipos que requería desde el primer día para la idónea prestación del servicio, y solo pudo tener dicha maquinaria y equipos completos a partir del **8 de marzo de 2022**, es decir tres (3) meses y siete (7) días después de iniciada la ejecución de la orden de compra.

Así las cosas, transcurrieron tres (3) meses y siete (7) días durante los cuales el contratista prestó el servicio sin disponer de la totalidad de la maquinaria y equipos con los que se obligó a prestar el servicio, incurriendo así en un incumplimiento parcial de la orden de compra, porque el servicio prestado no correspondió a la calidad pactada.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

La supervisión en cumplimiento del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 y de la cartilla CT-ADF-0109 "Cartilla de supervisión y/o Interventoría" de la DIAN hizo bien en requerirle a ASEAR S.A. E.S.P. el cumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 en las condiciones de calidad pactadas y no en las inferiores condiciones de calidad en las que durante tres (3) meses y siete (7) días prestó sus servicios.

De conformidad con el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, la supervisión implica el seguimiento del cumplimiento obligacional por parte de la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista, y para el efecto están facultados para solicitar información, aclaraciones y explicaciones, y deben mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando tal incumplimiento se presente.

Adicionalmente, si el supervisor no exige **la calidad** de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal y los certifica como recibidos a satisfacción, incurriría en falta gravísima (Art.84, L.1474/2011), razón por la que hizo bien la supervisión en requerir al contratista el cumplimiento de la calidad pactada y en reportar a la Subdirección de Compras y Contratos el presunto incumplimiento parcial de la orden de compra.

8.4.1.7. Causales eximentes de responsabilidad por no cumplimiento de la orden de compra:

El apoderado de la aseguradora, respecto de las causales eximentes de responsabilidad manifestó:

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

La apoderada del contratista justifica el no cumplimiento de la obligación de entregar 2.684 bienes a retrasos y/o incumplimiento de proveedores por vacaciones colectivas, necesidad de hacer mantenimiento de equipos, retrasos en los puertos de importación por la situación pos covid, hechos de terceros y fuerza mayor, así:

- *La imposibilidad de cumplir al 100% con la obligación de entregar 2.684 bienes es atribuible en gran parte a retrasos de nuestros proveedores y a la necesidad de cambiar y hacer mantenimiento a algunos equipos que de buena fe adquirimos de la empresa que anteriormente ejecuto el contrato con la DIAN y solo nos enteramos del mal estado de la misma cuando nos operarios al usarla nos alertaron"*
- *que la no entrega de los equipos y maquinaria al 100% desde el inicio del contrato obedeció a circunstancias irresistibles e imprevisibles al contratista, "como lo son vacaciones colectivas de nuestros proveedores en el mes de diciembre y retrasos en los puertos de importación por la situación pos COVID conocida a nivel mundial"*
- *"los retrasos de ASEAR SA ESP son atribuibles a hechos de terceros y fuerza mayor por la situación post pandemia"*
- *"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"*

Respecto de estas justificaciones la apoderada del contratista no demostró la ocurrencia de circunstancias de fuerza mayor sucedidas con posterioridad a la colocación de la Orden de Compra No. 80276 de 2021, que hubieran cambiado las condiciones de ejecución conocidas por

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** cuando presentó cotización dentro del evento creado para la selección del contratista bajo el amparo del **AMP CCE-972-AMP-2019**.

Así las cosas, la apoderada del contratista pretende justificar la no prestación del servicio durante los meses de diciembre de 2021, enero y febrero de 2022 con la cantidad total de elementos, equipos y maquinaria contratados, en fuerza mayor pandemia, covid-19 e incumplimiento de sus proveedores.

Respecto de estas justificaciones encuentra este Despacho que cuando **ASEAR S.A. E.S.P.** presentó su cotización dentro del evento para seleccionar al contratista al amparo del **AMP CCE-972-AMP-2019**, el Covid 19 era una realidad mundial conocida desde marzo de 2020, que debió tener en cuenta al momento de presentar su cotización <oferta> para no incurrir en incumplimiento de los plazos y/o entregables, más si se había presentado a varios procesos de selección que terminaron con la adjudicación de más de diez (10) órdenes de compra en diciembre de 2021, como lo afirmó la apoderada del contratista en sus intervenciones.

Así, el Covid 19 y sus implicaciones en la ejecución de la orden de compra, debieron ser conocidas por el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** antes de que presentara su cotización dentro del proceso de selección al amparo del **AMP CCE-972-AMP-2019** y si consideraba que los plazos del AMP eran de imposible cumplimiento, debió solicitar a Colombia Compra Eficiente modificación de las obligaciones y/o plazos del AMP para no incurrir en incumplimiento por causas atribuibles al Covid 19.

De manera concreta la apoderada del contratista no justifica cómo el Covid 19 le impidió al contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** cumplir con la disposición oportuna de cada uno de los elementos, equipos y maquinaria contratados que debía tener para la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 a partir del **01 de diciembre de 2021**. No adjuntó contratos de compraventa de cada uno de los elementos, equipos y maquinaria contratados, ni evidencia de su proceso de importación y nacionalización.

Luego afirma que **ASEAR S.A. E.S.P.** no pudo cumplir con su obligación de disponer de los elementos, equipos y maquinaria contratados desde el 01 de diciembre de 2021, porque se dañaron los equipos y maquinaria que compró al anterior contratista que para la prestación del servicio tenía contratada la DIAN, sin adjuntar contratos de compra, ni especificar cuáles equipos en particular se dañaron, ni cómo dicho daño se convierte en un eximente de su responsabilidad.

La funcionalidad de los bienes que requiera el contratista para la ejecución de la orden de compra se encuentra bajo su exclusiva responsabilidad, así como la planeación de los mantenimientos preventivos y/o correctivos que eran necesarios.

Si el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** compró bienes de segunda, sin garantía de calidad, y no les realizó una revisión para determinar sus necesidades de mantenimiento preventivo y/o correctivo, no puede pretender excusar los incumplimientos que se deriven de su falta de previsión, porque se trató de un riesgo creado por el mismo contratista y que estaba bajo su exclusivo control.

Así mismo, la apoderada de la aseguradora pretende justificar el incumplimiento de la obligación de entregar los elementos, equipos y maquinaria contratados para la prestación del servicio de su personal desde el inicio de la ejecución de la orden de compra (01 de diciembre de 2021), en retrasos de sus proveedores por vacaciones colectivas en diciembre, sin tener en cuenta que se trata de un riesgo propio del contratista, porque es quien los elige por su cuenta y riesgo, y quien debe prever las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento y las consecuencias que se puedan derivar de un eventual incumplimiento.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Las vacaciones en diciembre no son imprevisibles y normalmente se tienen en cuenta en las negociaciones cuando las partes asumen compromisos de entrega de bienes y/o servicios, razón por la que no puede pretender excusar su incumplimiento en su falta de previsión, porque se trató de un riesgo creado por el mismo contratista y que estaba bajo su exclusivo control.

Respecto de los riesgos empresariales y en específico, respecto del riesgo de averías o destrucciones de maquinaria o de incumplimiento de proveedores o subcontratistas, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina ha aclarado lo siguiente:

"Riesgos empresariales.

*En toda actividad económica se presentan unos áleas normales e inherentes al funcionamiento de una organización empresarial, que **se imputan exclusivamente al contratista afectado y no se pueden trasladar a la entidad contratante.** Estos áleas se dividen en dos clases:*

- (1) **Riesgos normales** que corresponden al giro ordinario de la empresa y que debieron haber sido previstos por el contratista al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, tales como el incremento en los precios de los materiales o de mano de obra en una economía caracterizada por la inflación o las dificultades previsibles para la construcción de obras (temporada de lluvias, topografía escabrosa, carencia de vías de comunicación, etc.).

Estos áleas son imputables exclusivamente al contratista, porque desde el momento de la celebración del negocio jurídico debió conocer las dificultades que se le presentaría para la ejecución del objeto contractual, en razón de su profesión y oficio y por consiguiente, le incumbía la obligación de incluir los mayores costos que le ocasionaba en el valor económico de la propuesta. De esta suerte, el contratista no tiene derecho al reconocimiento económico de los mayores costos derivados de fenómenos que eran completamente previsibles desde la celebración del contrato, (...)"

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

"Así las cosas, desde el momento mismo de la oferta la firma demandante ya sabía de esos probables inconvenientes de la naturaleza, conocía lo escabroso del terreno en la cordillera oriental, estaba obligada a conocer el rigor de las bajas temperaturas, pero sobre todo debía saber que la programación de la obra en cuanto al clima o la temperatura invernal no ofrecía ninguna garantía, que la pluviometría no era físicamente fácil de establecer y, en fin, que se trataba de un álea que asumió desde el instante mismo en que se comprometió en la construcción del oleoducto. Se infiere de las anteriores consideraciones que la mayor permanencia de la contratista en la obra le resulta jurídicamente atribuible a ésta por causa de la temporada invernal o lluviosa²⁴".

- (2) **Riesgos constitutivos del caso fortuito**, que siguiendo la brillante conceptualización de Josserand, se caracterizan porque tienen ocurrencia en la organización interna de la empresa o en el círculo propio del sujeto afectado, tales como los accidentes de trabajo que pueden sufrir los operarios, incendios en las instalaciones de la empresa, **averías o destrucciones internas de los equipos, incumplimiento de los proveedores o subcontratistas**, etc.

(...) puede afirmarse de una interpretación lógica de la Ley 80 de 1993, que en el ámbito de la contratación administrativa los acontecimientos que ocurren al interior de la empresa o del círculo propio del sujeto afectado, deben ser asumidos por el contratista y no le confieren derecho a solicitar el reconocimiento económico de los mayores costos a la Administración Pública. (...) De esta manera, cuando la economía de un contrato resulta afectada por un fenómeno constitutivo de caso fortuito, el contratista no tiene derecho al restablecimiento de los mayores costos, por cuanto, si bien es cierto se trata de situaciones imprevistas por el empresario al momento de celebrar el contrato; no es menos cierto, que le son imputables por tratarse de un riesgo creado.

En el derecho moderno, no sólo la culpa es un criterio normativo de imputación, sino que también existen otras razones de justicia que permiten atribuir un daño a un determinado sujeto, como ocurre con las actividades que entrañan un riesgo creado, en las que el juicio de imputabilidad descansa en el principio que se enuncia con el viejo aforismo ubi emolumentum ibi onus est, es decir, quien obtiene un beneficio del ejercicio de una industria debe asumir las cargas que se derivan de esta. Por lo tanto, los áleas inherentes a la organización o círculo interno del empresario, por corresponder a actividades que entrañan un riesgo creado o riesgo beneficio, son imputables exclusivamente al contratista y exoneran a la

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2019, Expediente No. 10151, M.P. Daniel Suárez Hernández.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Administración Pública de la obligación de restablecer la simetría económica del contrato (L.80/93, art.5.1 y 27)²⁵

Por lo anterior, se encuentra probado que el contratista tenía la obligación de entregar los elementos, equipos y maquinaria contratados para la prestación del servicio de su personal en las condiciones de calidad pactadas, a partir del 01 de diciembre de 2021, y que durante los meses de diciembre de 2021, enero y febrero de 2022 no la cumplió, porque como afirma la supervisión y lo reconocen la apoderada del contratista y el apoderado de la aseguradora, la obligación solo fue cumplida a partir del **08 de marzo de 2022**.

El contratista y su garante no acreditaron la ocurrencia de hechos sobrevinientes y externos a la organización empresarial, que racionalmente no pudiera prever el contratista al momento de presentar su cotización dentro del evento creado por la DIAN bajo el amparo del **AMP CCE-972-AMP-2019**, que justificaran el no cumplimiento de la orden de compra en la calidad, oportunidad y cantidades pactadas durante los meses de diciembre de 2021, enero, febrero y marzo de 2022.

Así las cosas, si es posible afirmar que hubo un incumplimiento parcial de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 atribuible a **ASEAR S.A. E.S.P.**, porque durante los meses de diciembre de 2021, enero y febrero de 2022 no cumplió la obligación de entregar los elementos, equipos y maquinaria contratados para la prestación del servicio de su personal en las condiciones de calidad pactadas, a partir del 01 de diciembre de 2021, y no probó dentro del proceso causal eximente de responsabilidad del contratista. En consecuencia, incumplió la obligación de la cláusula 11.44 del **AMP CCE-972-AMP-2019**, que establece que el contratista debe "*Prestar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería con los Bienes de Aseo y Cafetería con elementos, equipos y maquinaria en buenas condiciones de tal forma que no representen un obstáculo para la ejecución eficiente de las labores del personal*".

8.4.2. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS FRENTE AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 2:

8.4.2.1. La supervisora del contrato mediante Oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de marzo de 2022 informó a la Subdirección de Compras y Contratos de la DIAN que el contratista **ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8** había presuntamente incumplido las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 7 literal (g)²⁶, Cláusula 11.26²⁷ y cláusula 11.49²⁸ del **AMP CCE-972-AMP-2019**, porque de los 65 trabajadores que debían prestar el servicio desde la suscripción del acta de inicio (01 de diciembre de 2021), el contratista solo dispuso de 48 trabajadores en diciembre de 2021, dispuso de 58 trabajadores en enero de 2022 y dispuso de 65 trabajadores a partir del 13 de febrero de 2022, a pesar de los reiterados requerimientos de la supervisión, como se sintetiza en el cuadro del segundo presunto incumplimiento del numeral 2 del presente acto administrativo (página 5 a 8).

Por lo anterior, durante el mes de diciembre de 2021, enero de 2022 y 12 días de febrero de 2022, el contratista no cumplió su obligación de "*poner a disposición de la Entidad Compradora el personal que cumpla con el perfil, funciones y formación establecidos en el Anexo 2 del pliego de condiciones*" establecida en la cláusula 11.49 del **AMP CCE-972-AMP-2019**, porque no cumplió con la cantidad de personal contratado.

²⁵ Teoría General de los contratos de la Administración Pública, Rodrigo Escobar Gil, LEGIS, 2000, pág. 402 a 404.

²⁶ El Proveedor debe cumplir con los requisitos establecidos en las fichas técnicas incluidas en los anexos 1, 2, 3, 4 y 5 del pliego de condiciones

²⁷ El proveedor debe Cumplir con las disposiciones del Acuerdo Marco durante la vigencia de todas las Órdenes de Compra, aun cuando estas excedan la vigencia del Acuerdo Marco

²⁸ Cumplir con las actividades y los resultados establecidos en el Anexo 1 del pliego de condiciones y poner a disposición de la Entidad Compradora el personal que cumpla con el perfil, funciones y formación establecidos en el Anexo 2 del pliego de condiciones

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

8.4.2.2. El contrato es ley para las partes (Art.1602 del Código Civil) y tanto la DIAN como el contratista debían cumplirlo, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio eran inalterables²⁹.

El incumplimiento del contratista se configura ipso iure o de pleno derecho, cuando no ha observado sus obligaciones dentro el plazo contractual o las ha atendido defectuosamente, sin necesidad de la Administración Pública le deba formular una interpelación o requerimiento para constituirlo en mora, en virtud a que para la satisfacción de las necesidades de la colectividad es esencial que se cumplan íntegramente las obligaciones a cargo del colaborador privado dentro del plazo contractual, es lo que se conoce como el privilegio de la mora ex re.

Los derechos y obligaciones se deben cumplir por las partes en las condiciones pactadas, lo que implica que el incumplimiento del contratista se configura automáticamente por la no ejecución de la prestación o por su ejecución defectuosa dentro del término pactado.

En el caso concreto, cada día de ejecución de la orden de compra, en el que el contratista no disponía de la cantidad del personal, maquinaria y equipo contratado, consumaba el incumplimiento de ese día y no se podía subsanar al día siguiente, porque el servicio no prestado del día anterior ya no se podía prestar.

8.4.2.3. La apoderada del contratista y apoderado de la aseguradora aceptan que durante el mes de diciembre de 2021 y los meses de enero y parcialmente febrero de 2022, el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** no dispuso la cantidad de personal contratado, cuando aceptan que solo a partir del **13 de febrero de 2022** dicho personal fue dispuesto en su totalidad para la ejecución de la orden de compra. Lo anterior se corrobora con las siguientes manifestaciones:

8.4.2.3.1. La apoderada en su intervención manifestó:

- el 27 de enero de 2022 el contratista solicitó a la DIAN *"como nueva fecha de cumplimiento a las obligaciones pendientes el 01 de febrero para cubrir todas las vacantes y el 04 de febrero para entregar todos los insumos y equipos de manera adecuada"*;
- *"algunos trabajadores asumían actividades de otros compañeros ausentes sin afectar las propias, y todos los equipos y maquinas no se usaban al tiempo por lo que los equipos faltantes por entregar no implicaron el cese de actividades en ningún momento"*.
- respecto del hecho "2.2.3 El Acta de Inicio de la Orden de Compra No. 80276 fue firmada el 01 de diciembre de 2021, y en dicha acta, ASEAR S.A. E.S.P. se comprometió a entregar a la Supervisora dentro del menor término posible, la relación de los 28 operarios de Aseo Y Cafetería y del coordinador que faltaban, con la correspondiente acreditación de su afiliación a la ARL, EPS y AFP, teniendo en cuenta que el pago que la DIAN efectuaría correspondería al servicio efectivamente prestado por cada operario y/o coordinador durante el mes y proporcional por fracción de tiempo", la apoderada del contratista manifestó: *"Es cierto, y de esta manera se realizaba, ya que como se puede corroborar en las planillas de afiliación de nuestros empleados, desde la fecha en que ingresaban se hacía efectiva su afiliación al sistema de seguridad social. En este punto es importante resaltar que la señora Lucila Alonso Martínez en varias oportunidades no permitió el ingreso de muchos operarios a las instalaciones de la DIAN por múltiples razones: (1) Exigía que ASEAR SA ESP apareciera como aportante dentro de planillas, aunque la seguridad social se paga mes vencido y esto solo fuera posible cuando la persona ya llevara un mes laborando con nuestra Empresa, (2) Si una persona estaba desempleada previamente a su vinculación con ASEAR SA ESP aparecía dentro del régimen subsidiado en el ADRES y exigía que apareciera en el régimen contributivo, lo cual no depende de ASEAR SA ESP ya que esta plataforma la actualiza el gobierno nacional y (3) Exigía que la afiliación fuera reciente, aunque el trabajador viniera*

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 04/06/1998, Expediente 13988, MP Ricardo Hoyos Duque.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

trabajando desde meses anteriores con nuestra compañía (VER ANEXOS 15,16,17 Y 18). A pesar de lo anterior tal como consta en el informe de supervisión por parte de la DIAN del mes de enero (VER ANEXO 10) "Se verificó el pago en el mes de enero de 2023, de: sueldos, seguridad social y parafiscales al personal contratado para prestar el servicio integral de la orden compra 99532 en las Sedes Dirección Seccional de Impuesto Bogotá (DSIB); por lo anterior, se verificó la planilla resumen de aportes a la seguridad social 9446776192 expedida por la Sociedad Aportes en Línea, con fecha de pago el 10-2-2023, (pensión de enero de 2023 y Salud de febrero de 2023, riesgos laborales Riesgo II (1,044%)), el pago de la Nómina a través Bancolombia con el No. de Producto dispensor 61335009703 el día el 28 de enero de 2023." Con lo que queda claridad de que ASEAR SA ESP siempre ha mantenido al día sus obligaciones laborales respecto a sus trabajadores"

- que no se prueba afectación respecto a las actividades y niveles de resultados de las mismas, pese al retraso la empresa en todo momento garantizó una oportuna y continua prestación del servicio sin generar gravedad o impacto en la ejecución del contrato.
- "ASEAR SA ESP se opone al cobro total de la cláusula penal teniendo en cuenta que según las pruebas aportadas no existió un incumplimiento total de las obligaciones enunciadas, solo un cumplimiento tardío que en ningún punto fue equivalente a mas del 80% del contrato y en virtud de la proporcionalidad y razonabilidad proponemos el pago del 10% de la suma requerida por la entidad , esto es DOS MILLONES SETESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$2.734.733) este pago lo realizaría directamente nuestra compañía y no habría lugar a afectar la póliza de cumplimiento No. 3210277-5"
- 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%";
- 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.

8.4.2.3.2. El apoderado de la aseguradora manifestó:

- que en el informe de supervisión #8 se deja claro que el 8 de marzo se CUMPLIÓ con los insumos de acuerdo con el pedido inicial dio cumplimiento en un 100% (...) -Se completó la totalidad del personal (65) el día 23 de febrero de 2022, habiendo dado cumplimiento a un 100%

La apoderada en su intervención hace referencia al cumplimiento del pago de aportes de seguridad social de la Orden de Compra No. 99532 y no hace referencia a la Orden de Compra No. 80276 de 2021, que corresponde a la Orden que motivó el inicio del proceso administrativo sancionatorio contractual. Se aclara que el cumplimiento de otro contrato ejecutado en la vigencia 2023, no afecta la decisión que resuelva el actual proceso administrativo sancionatorio contractual, y que el pago de la seguridad social no corresponde a las obligaciones reportadas como presuntamente incumplidas.

8.4.2.4. El contratista no facturó, ni la DIAN pagó servicios no prestados:

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

La apoderada del contratista afirma que la DIAN no pagó por servicios que no fueron prestados, aclarando: *"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"*.

Aunque esta afirmación es cierta, la Subdirección de Compras y Contratos aclara que el contratista se obligó a prestar el servicio bajo unas condiciones de calidad que correspondían al número de trabajadores que para la prestación del servicio debía estar disponible a partir del primer día de ejecución del contrato (01 de diciembre de 2021) y que si el contratista ASEAR S.A. E.S.P. no dispuso de la cantidad de personal contratada durante el mes de diciembre de 2021, enero de 2022 y parcialmente febrero de 2022, generó incumplimiento parcial de la orden de compra, independientemente de que la DIAN solo haya pagado por los servicios efectivamente prestados por los trabajadores que en cada mes dispuso.

8.4.2.5. No existía claridad para efectuar la afiliación a EPS, ARL y AFP del personal:

La apoderada del contratista manifiesta que *"no había claridad sobre la forma en la que se debían afiliar los trabajadores al sistema de seguridad social"*, para justificar el no cumplimiento en la disposición de 65 trabajadores para la prestación del servicio de aseo y cafetería en diciembre de 2021, enero de 2022 y febrero de 2022.

La apoderada del contratista manifiesta:

- que 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 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.

Este argumento no resulta suficiente para justificar el incumplimiento de la cláusula 11.49 del **AMP CCE-972-AMP-2019**, porque el contratista en diciembre de 2021 dispuso de 48 trabajadores, en enero de 2022 dispuso de 58 trabajadores y a partir del 13 de febrero de 2022 dispuso de 65 trabajadores, como se sintetiza en el cuadro del segundo presunto incumplimiento del numeral 2 del presente acto administrativo (página 5 a 8).

Así, si el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** pudo afiliar a EPS, ARL y AFP a 48 trabajadores en diciembre de 2021, de la misma forma pudo afiliar a los trabajadores faltantes para cumplir con el suministro de 65 trabajadores pactados.

Continuación de la Resolución *"Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"*

La apoderada del contratista manifiesta que *"ASEAR S.A E.S.P cumplió con la contratación de personal correspondiente"* y que *"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"*

La apoderada del contratista no demostró que para diciembre de 2021 el contratista ASEAR S.A. E.S.P. hubiera remitido a la supervisión relación de 65 trabajadores y que la supervisión le hubiera rechazado 17 trabajadores, por deficiencias en la acreditación de su afiliación al sistema de seguridad social integral en pensión, salud y riesgos laborales.

La apoderada del contratista no demostró que para enero de 2022 el contratista ASEAR S.A. E.S.P. hubiera remitido a la supervisión relación de 65 trabajadores y que la supervisión le hubiera rechazado 7 trabajadores, por deficiencias en la acreditación de su afiliación al sistema de seguridad social integral en pensión, salud y riesgos laborales.

En su argumentación la apoderada del contratista no especifica concretamente en qué correo electrónico se encuentra acreditada su afirmación.

De conformidad con el artículo 50 de la Ley 789 de 2001, modificado por el artículo 9 de la Ley 828 de 2003 y adicionado por el artículo 24 del Decreto Ley 2106 de 2019, el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, es un requisito para la inscripción, modificación, actualización o renovación del registro único de proponentes ante la cámara de comercio, y para la presentación de ofertas, renovación y liquidación de contratos estatales.

De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, el proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, como requisito para proponer, ejecutar y autorizar cada uno de los pagos de los contratos estatales, aclarando que *"El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente"*

De conformidad con el Art.15, 17, 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 (*modificados por la Ley 797 de 2003*), está obligado a efectuar aportes al régimen contributivo de pensiones quien tenga un contrato de trabajo o como servidor público, contrato de prestación de servicios (mediante contrato de obra, arrendamiento de servicios, prestación de servicios, consultoría o asesoría) o sea trabajador independiente, siempre y cuando el ingreso no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 exige que estén afiliados al Régimen Contributivo de salud las personas que estén vinculadas a través de un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados o jubilados o los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Deben estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social de Riesgos Laborales (SGRL), los Trabajadores dependientes, los Jubilados o pensionados que se reincorporen como trabajadores dependientes, los servidores públicos (se incluyen a los concejales y ediles), los vinculados con contrato de prestación de servicios con una duración superior a un mes, los estudiantes que deben ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución o cuyo entrenamiento o actividad formativos son requisito para la culminación de sus estudios, los trabajadores independientes que laboran en actividades de alto riesgo, los miembros de las agremiaciones o asociaciones cuyos trabajos signifiquen fuente de ingreso para la institución, los afiliados a las cooperativas y precooperativas de Trabajo Asociado, los miembros activos del

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Subsistema Nacional de Primera Respuesta (Defensa Civil Colombiana, Cruz Roja Colombiana, Cuerpos de Bomberos) y los aprendices del Sena, fase práctica.

La afiliación es requisito para la prestación del servicio y para que pueda cubrir cualquier riesgo laboral que se pueda derivar durante dicha prestación.

Por lo anterior, cuando la supervisión exigió al contratista ASEAR S.A. E.S.P. acreditar la afiliación al sistema de seguridad social integral en pensión, salud y riesgos laborales del personal con el que ejecutaría la orden de compra, lo hizo en cumplimiento de un deber legal y en cumplimiento de la CT-ADF-0109 "Cartilla de supervisión y/o interventoría" que establece como función de la supervisión: (i) "verificar para la suscripción del acta de inicio, que la totalidad del personal que el contratista dispondrá para la ejecución del contrato esté vinculado al Sistema de seguridad social integral en pensión, salud y riesgos laborales³⁰", (ii) "Vigilar y exigir el cumplimiento del contratista, de sus obligaciones legales de carácter laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo"³¹ y (iii) "Verificar y dejar constancia en el FT-ADF-2090 ACTA DE LIQUIDACIÓN CONTRATO del cumplimiento de las obligaciones del contratista en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales, y parafiscales, durante el plazo de ejecución del contrato, estableciendo una correcta relación entre el monto pagado y las sumas que debieron haber sido cotizadas. En el evento en que no se hubieren realizado totalmente los aportes correspondientes, el Supervisor o Interventor deberán dejar la constancia respectiva e informar a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), quien a la luz de lo previsto en el Artículo 178 de la Ley 1607 de 2012 aplicará las sanciones administrativas a que hubiere lugar por evasión o elusión de aportes".

8.4.2.6. Que las obligaciones contractuales que motivaron la citación a audiencia, se encuentran cumplidas:

La apoderada del contratista y de la aseguradora consideran que ASEAR S.A. E.S.P. cumplió el 100% de sus obligaciones y que no puede manifestarse que exista incumplimiento total ni parcial de las obligaciones del contrato, porque según su entender, se encuentran acreditadas gran parte de obligaciones por parte de la empresa.

8.4.2.6.1. En este sentido manifiesta la apoderada del contratista:

- "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" (subrayado fuera de texto)
- "que 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)"

8.4.2.6.2. Respecto del cumplimiento de las obligaciones reportadas como incumplidas, el apoderado de la aseguradora manifiesta:

- "ASEAR S.A. E.S.P se allanó a cumplir con la totalidad de las obligaciones del contrato"

³⁰ Numeral 1.3.4. "supervisión de carácter legal"

³¹ Numeral 1.3.1. "supervisión de carácter administrativo"

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- "no puede manifestarse que exista incumplimiento total ni parcial de las obligaciones del contrato, estando acreditadas gran parte de obligaciones por parte del contratista"
- "declarar un incumplimiento, por una falta menor y sin trascendencia en el contrato, desconoce la finalidad de la declaratoria de incumplimiento que demanda una afectación grave del contrato"
- "se encuentra acreditado el cumplimiento del contratista"
- "que solicita DECRETAR el cumplimiento del contrato"

Respecto de estas apreciaciones del apoderado del contratista y aseguradora, encuentra la Subdirección de Compras y Contratos que si se hubiera tratado de un contrato de obra o de un contrato de compraventa y/o suministro, la entrega del bien generaría como consecuencia la cesación de la mora de la obligación de entregar dicho bien.

Sin embargo, como la obligación del contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** no consistía en la entrega de los bienes, sino en la prestación del servicio con 65 trabajadores contratados a partir del 01 de diciembre de 2021, no se puede concluir que por el hecho de que a partir del **13 de febrero de 2022** los hubiera dispuesto, se hubiera subsanado el incumplimiento parcial de los meses anteriores, en los que el contratista incumplió la cláusula 11.49 del **AMP CCE-972-AMP-2019**, porque no dispuso de la cantidad de personal contratada.

No se trata de un incumplimiento menor <como lo afirma el apoderado de la aseguradora> o de un simple retraso <como lo afirma la apoderada del contratista>, sino del incumplimiento parcial en la prestación del servicio en las condiciones de calidad pactadas durante dos (2) meses y doce (12) días, durante los cuales el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** no suministró la cantidad de personal a la que se obligó, para la prestación del servicio de aseo y cafetería en las condiciones de calidad pactadas.

Así las cosas, con lo manifestado por la supervisión y confirmado por la apoderada del contratista y apoderado de la aseguradora en audiencia, se evidencia que la Orden de Compra No. 80276 de 2021 durante los meses de diciembre de 2021 y enero y parcialmente febrero de 2022, fue ejecuta por el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** sin la totalidad del personal contratado que correspondía a 65 trabajadores.

Lo anterior fue evidenciado por la supervisión del contrato en los informes periódicos de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021, en los que dejaron las siguientes constancias:

- En el Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de diciembre de 2021, expedido el 06 de enero de 2022, la supervisora observó: (i) "el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas", (ii) "Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de personal para Aseo, Cafetería, mantenimiento y Coordinadores a y a la fecha no han dado cumplimiento con la contratación de todo el personal de Aseo y Cafetería y una Coordinadora (relación punto 6)"; (iii) "Se requirió a través del Doctor Alberto Antonio García Representante legal - ASEAR S.A E.S. que se diera cumplimiento a la orden de compra N. 80276 en la cantidad de personal y los Elementos y Maquinaria - Diciembre 2 de 2021 – No llegó el personal completo y no entregaron soportes (Contrato-hoja de vida, EPS-, Pensiones y ARL) (Anexo solicitud)"; (iv) "Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)"; (v) "La cantidad de personal asignado a la sede es de 65, entre Aseo, Cafetería y Mantenimiento y al cierre del mes llegaron 47 (4 de Mantenimiento- 1 Coordinador y 42 Operarios de Aseo y Cafetería), habiendo dado cumplimiento en un 72%".

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Nota: En el Informe periódico de supervisión que va del 01 al 31 de diciembre de 2021 se reportó un faltante de **18** trabajadores, mientras que en el Informe de presunto incumplimiento de la Orden de Compra que originó el inicio del proceso administrativo sancionatorio contractual se reportó un faltante de **17** trabajadores. Para efectos del sancionatorio se tendrá en cuenta el reporte del faltante del informe de presunto incumplimiento de la orden de compra, porque viene discriminado día a día, toda vez que el cumplimiento de la cantidad de trabajadores fue variable durante el mes.

- En el Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de enero de 2022, expedido el 16 de febrero de 2022, la supervisora observó: (i) "el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas", (ii) "Al inicio del Contrato se adquirió el servicio de personal para Aseo, Cafetería, mantenimiento y Coordinadores a y a la fecha no han dado cumplimiento con la contratación de todo el personal de Aseo y Cafetería y una Coordinadora (relación punto 6)"; (iii) "Se requirió a través del Doctor Alberto Antonio García Representante legal - ASEAR S.A E.S. que se diera cumplimiento a la orden de compra N. 80276 en la cantidad de personal y los Elementos y Maquinaria - Diciembre 2 de 2021 – No llegó el personal completo y no entregaron soportes (Contrato-hoja de vida, EPS-, Pensiones y ARL) (Anexo solicitud)"; (iv) "Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)"; (v) "Enero de 2022 - Se radicó un oficio ante la aseguradora informando sobre el posible incumplimiento"; (vi) "La cantidad de personal asignado a la sede es de 65, entre Aseo, Cafetería y Mantenimiento y al cierre del mes llegaron 60 (4 de Mantenimiento- 1 Coordinador y 54 Operarios de Aseo y Cafetería), habiendo dado cumplimiento en un 92%".

Nota: En el Informe periódico de supervisión que va del 01 al 31 de enero de 2022 se reportó un faltante de **6** trabajadores, mientras que en el Informe de presunto incumplimiento de la Orden de Compra que originó el inicio del proceso administrativo sancionatorio contractual se reportó faltante variable por días, de 15, 16, 15, 11, 10, 7 y 6 trabajadores. Para efectos del sancionatorio se tendrá en cuenta el reporte del faltante del informe de presunto incumplimiento de la orden de compra, porque viene discriminado día a día, toda vez que el cumplimiento de la cantidad de trabajadores fue variable durante el mes.

- En el Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 28 de febrero de 2022, expedido el 11 de marzo de 2022, la supervisora observó: (i) "el contratista ha cumplido parcialmente con las obligaciones contraídas", (ii) "El día 1 de diciembre de 2021 se dio inicio a la Orden de Compra 80276 y hasta el 23 de febrero de 2022 dieron cumplimiento a las sesenta y cinco (65) personas para ejercer las actividades de Aseo, Cafetería, mantenimiento y Coordinadores (relación punto 6"; (iii) "Se requirió a través del Doctor Alberto Antonio García Representante legal - ASEAR S.A E.S. que se diera cumplimiento a la orden de compra N. 80276 en la cantidad de personal y los Elementos y Maquinaria - Diciembre 2 de 2021 – No llegó el personal completo y no entregaron soportes (Contrato-hoja de vida, EPS-, Pensiones y ARL) (Anexo solicitud)"; (iv) "Diciembre 15 de 2021 _ Se le informó del incumplimiento en la Entrega de Elementos y Maquinaria y el personal de Aseo y Cafetería y Coordinador (Anexo Correo)"; (v) "**1- Personal Contratado** se completó la totalidad del personal (65) el día 23 de febrero de 2022, habiendo dado cumplimiento a un 100% "

Nota: En el Informe periódico de supervisión que va del 01 al 28 de febrero de 2022 se reportó que el **23 de febrero de 2022** el contratista completó la totalidad del personal (65 trabajadores), mientras que en el Informe de presunto incumplimiento de la Orden de Compra que originó el inicio del proceso administrativo sancionatorio

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

contractual se reportó que el cumplimiento había ocurrido el **13 de febrero de 2022**. Para efectos del sancionatorio se tendrá en cuenta como fecha en la que el contratista cumplió con la disposición de 65 trabajadores, el **13 de febrero de 2022**, porque le resulta más favorable y fue la informada en la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

- En el Informe periódico de supervisión de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 del periodo que va del 01 al 31 de marzo de 2022, expedido el 12 de abril de 2022, la supervisora observó: (i) "El día 1 de diciembre de 2021 se dio inicio a la Orden de Compra 80276 y hasta el 23 de febrero de 2022 dieron cumplimiento a las sesenta y cinco (65) personas para ejercer las actividades de Aseo, Cafetería, mantenimiento y Coordinadores (relación punto 6" y (ii) "1- Personal Contratado se completó la totalidad del personal (65) el día 23 de febrero de 2022, habiendo dado cumplimiento a un 100%".

Nota: En el Informe periódico de supervisión que va del 01 al 31 de marzo de 2022 se reportó que el **23 de febrero de 2022** el contratista completó la totalidad del personal (65 trabajadores), mientras que en el Informe de presunto incumplimiento de la Orden de Compra que originó el inicio del proceso administrativo sancionatorio contractual se reportó que el cumplimiento había ocurrido el **13 de febrero de 2022**. Para efectos del sancionatorio se tendrá en cuenta como fecha en la que el contratista cumplió con la disposición de 65 trabajadores, el **13 de febrero de 2022**, porque le resulta más favorable y fue la informada en la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

- En el **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 06 de enero de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en diciembre de 2021, en la que se dejó la siguiente constancia:

"Certificación de recibido a satisfacción
<i>Regular, en promedio el servicio tiene una calificación del 60% en la calidad la limpieza de las instalaciones y mantenimiento locativo básico con los tres servicios Integral de Aseo y Cafetería así (72% del Personal, 100% entrega de insumos y 7,21% en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria solicitados).</i>
<i>Dotación Operario de Mantenimiento; No hicieron entrega del kit de mantenimiento, lo cual ha impedido desempeñar las funciones relacionadas con esas labores</i>
<i>De parte de la empresa compradora no se tiene respuesta a las solicitudes realizadas relacionadas con el cumplimiento de la orden de compra".</i>

- En el **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 16 de febrero de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en enero de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

"Certificación de recibido a satisfacción
<i>Regular, en promedio el servicio tiene una calificación del 70%, en cuanto a la calidad la limpieza de las instalaciones y mantenimiento locativo básico con los tres servicios Integral de Aseo y Cafetería discriminado así: 92% del Personal, (con una rotación del 10%), 78% entrega de insumos y 39% en la entrega de los elementos, equipos y maquinaria solicitados.</i>
<i>Entrega elementos a Operario de Mantenimiento: no efectuaron entrega del kit de mantenimiento, lo cual ha impedido desempeñar las funciones relacionadas con esas labores. A las supervisoras no le han hecho entrega de la dotación (uniformes)</i>
<i>De parte de la empresa compradora no se tiene respuesta al cumplimiento de la orden de compra</i>

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

- En el **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 11 de marzo de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en febrero de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

"Certificación de recibido a satisfacción"
<i>Se recibió a satisfacción en el mes de Febrero de 2022 el servicio integral de aseo y cafetería (con el personal, insumos y maquinaria asignados) prestado por la empresa ASEAR SA ESP. Por lo anterior autorizamos el pago de la Factura ASEA- 4268</i>

"Observaciones"
<i>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)</i>
<i>Dotación Operario de Mantenimiento; No hicieron entrega el Kit de Mantenimiento para poder desempeñar las funciones</i>

- En el **FT-FN-2337 "Certificación de bienes y servicios recibidos"** del 12 de abril de 2022, mediante el cual se certifica la ejecución de la orden de compra No. 80276 de 2021 en marzo de 2022, en la que se dejó la siguiente constancia:

"Certificación de recibido a satisfacción"
<i>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</i>

Así las cosas, el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** se obligó a disponer de 65 trabajadores para la prestación del servicio a partir del **01 de diciembre de 2021** y solo dos (2) meses y doce (12) días después cumplió esta obligación, generando como consecuencia un incumplimiento parcial de la Orden de Compra No. 80276 de 2021, por no haber cumplido esta obligación durante el mes de diciembre de 2021, ni durante los meses de enero y parcialmente febrero de 2022.

El suministro de 65 trabajadores por el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** para la ejecución de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 a partir del **13 de febrero de 2022**, no subsana el incumplimiento parcial en el suministro de personal del 01 de diciembre de 2021 al 12 de febrero de 2022, para la prestación del servicio en las condiciones de calidad pactadas.

En este orden, el incumplimiento en el suministro de 65 trabajadores desde el 01 de diciembre de 2021 hasta el 12 de febrero de 2022, no se subsana con el hecho de que a partir de **13 de febrero de 2022** se hubiera cumplido.

Por lo anterior, se configura un incumplimiento parcial de la Orden de Compra No. 80276 de 2021, porque durante los meses de diciembre de 2021, enero y parcialmente febrero de 2022, el servicio no se prestó en las condiciones pactadas, ya que, para la ejecución de la orden de compra durante dichos meses, el contratista **ASEAR S.A. E.S.P.** no dispuso de 65 trabajadores, a pesar de los reiterados requerimientos de la supervisión.

8.4.3. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS FRENTE AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO No. 3:

La supervisora del contrato mediante Oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de marzo de 2022 informó a la Subdirección de Compras y Contratos de la DIAN que el contratista **ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811044253-8** había presuntamente incumplido las obligaciones contractuales establecidas en el **Anexo 1 – "Actividades, nivel de servicio y resultados del Servicio Integral de**

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Aseo y Cafetería", literal F "Niveles de respuesta y de servicio -Reemplazos del personal" del AMP CCE-972-AMP-2019, porque de los 9 reemplazos que debió realizar en enero de 2022, no realizó ninguno, y porque de 34 reemplazos que debió realizar en febrero de 2022 solo realizó 5, incumpliendo con la realización de 29 reemplazos, como se sintetiza en el cuadro del tercer presunto incumplimiento del numeral 2 del presente acto administrativo (página 9).

La Cláusula 20 "Cláusula Penal" del AMP CCE-972-AMP-2019 establece que *"En caso de que el Proveedor incumpla parcial o totalmente las obligaciones establecidas en numerales 11.28 al 11.66 la Cláusula 11 del Acuerdo Marco, la Entidad Compradora podrá hacer efectiva la cláusula penal por una suma equivalente de hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra que incumplió. La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de la Entidad Compradora, cuando el Proveedor incurra en una mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones. En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de la Entidad Compradora. En ninguno de los casos expuestos anteriormente, el pago o deducción de la cláusula penal significará la exoneración del cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco ni de las Órdenes de Compra."*

Por lo anterior, la DIAN carece de competencia para declarar el incumplimiento del Anexo 1 – "Actividades, nivel de servicio y resultados del Servicio Integral de Aseo y Cafetería", literal F "Niveles de respuesta y de servicio -Reemplazos del personal" para hacer efectiva la cláusula penal pactada, porque la Cláusula 20 "Cláusula Penal" del AMP CCE-972-AMP-2019 limitó dicha competencia cuando ocurriera el incumplimiento de las obligaciones establecidas en numerales 11.28 al 11.66 la Cláusula 11 del Acuerdo Marco de Precios.

Por sustracción de materia, no es necesario que la DIAN se pronuncie respecto de los argumentos de defensa y pruebas presentados por el contratista y su garante en audiencia, porque carece de competencia para declarar el incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 y hacer efectiva la cláusula penal pactada, por el incumplimiento del Anexo 1 – "Actividades, nivel de servicio y resultados del Servicio Integral de Aseo y Cafetería", literal F "Niveles de respuesta y de servicio -Reemplazos del personal" del AMP CCE-972-AMP-2019.

8.4.4. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS GENERALES QUE APLICAN PARA LOS TRES (3) PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS REPORTADOS POR LA SUPERVISIÓN:

8.4.4.1. Que el contratista cumplió sus obligaciones de aportes parafiscales y pago de salarios.

La apoderada del contratista afirma que como se evidencia en los informes de supervisión siempre se cumplió con los aportes parafiscales y el pago de salarios y que *"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"*

El apoderado de la aseguradora afirma *"que en los informes de supervisión se indica que existe cumplimiento de aportes parafiscales a cargo del contratista"*

Respecto de estas afirmaciones aclara la Subdirección de Compras y Contratos que el pago de seguridad social no es una obligación reportada como presuntamente incumplida y que no es objeto del proceso administrativo sancionatorio contractual, razón por la que su cumplimiento no afecta la decisión que lo resuelva.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

8.4.4.2. Excepción de contrato no cumplido

Alega el apoderado de la aseguradora “*excepción de contrato no cumplido por parte de la DIAN*”, sin justificar su solicitud, razón por la que no puede declararse probada.

8.4.4.3. Prescripción o caducidad

Manifiesta el apoderado de la aseguradora:

- “*que se debe tener presente la BUENA FE de las actuaciones del contratista, PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD del contrato y la facultad subrogatoria de conformidad con el artículo 1096 cco*”

Para resolver el proceso administrativo sancionatorio contractual se valoraron los términos de prescripción o caducidad que tiene la DIAN para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal en el numeral 5.3 y para declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y hacer efectivo el amparo de cumplimiento, en el numeral 5.4 del presente acto administrativo.

8.4.4.4. Compensación

El apoderado de la aseguradora manifiesta:

- **“COMPENSACIÓN**, “*Según las condiciones generales de la póliza, se establece LA COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR DEL CONTRATISTA GARANTIZADO, esto es, que el evento de declararse probado el incumplimiento de la contratista, y de llegarse a afectar la póliza, deberá tenerse en cuenta, las sumas que la entidad contratante, le adeude al contratista, y en caso tal disminuir la indemnización del seguro en el monto de dichas acreencias, con fundamento en los artículos 1714 del Código Civil. “Compensación. Si la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o con posterioridad a este y anterior al pago de la indemnización, fuere deudora del contratista-garantizado por cualquier concepto, se aplicará la compensación y la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y subsiguientes del Código Civil. Igualmente, se disminuirá del valor de la indemnización, el valor correspondiente a los bienes que la entidad estatal contratante asegurada haya obtenido del contratista-garantizado, sea judicial o extrajudicialmente, en ejercicio de las acciones derivadas del contrato cuyo cumplimiento se garantiza por medio del presente seguro. En los eventos en que existan saldos a favor del contrista-garantizado, la entidad estatal aplicará la compensación a que se refiere el numeral 11 de la presente Sección, estableciendo la disminución en el valor a indemnizar. En caso de no existir saldos a favor del contratista-garantizado, la entidad estatal expedirá constancia en dicho sentido”*
- “*según las condiciones generales de la póliza, se estableció LA COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR DEL CONTRATISTA GARANTIZADO, esto es, que el evento de declararse probado el incumplimiento de la contratista, y de llegarse a afectar la póliza, deberá tenerse en cuenta, las sumas que la entidad contratante, le adeude al contratista, y en caso tal, disminuir la indemnización del seguro en el monto de dichas acreencias, con fundamento en los artículos 1714 del Código Civil; reiterando que al respecto deberá declararse probado lo manifestado por la entidad CONTRATISTA*”

De conformidad con Certificación de saldos adeudados al contratista **ASEAR SA ESP, NIT 811044253-8**, del 19 de septiembre de 2023, expedida por la Dra. **JANETH TERESA SERRANO BERMONT** en su calidad de Directora Seccional de Impuestos de Bogotá y Supervisora de la Orden de Compra y la Dra. **YAQUELINE PORTILLA CARVAJAL** en su calidad de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y apoyo a la supervisión de la orden de compra, a la fecha no es posible efectuar la compensación del valor

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

de la cláusula penal, porque no existen pagos pendientes de giro al contratista **ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811.044.253.-8**, por lo que los saldos adeudados al mismo son cero (\$0) M/cte.

9. TASACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO

9.1. Naturaleza de la cláusula penal.

9.1.1. La sanción pecuniaria por antonomasia es la cláusula penal que se encuentra regulada íntegramente en el Derecho Privado en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

9.1.2. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal (Art.1592, C.C.)

9.1.3. 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 (Art.1596, C.C.)

9.1.4. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio (Art.1599, C.C.)

9.1.5. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena (Art.1600, C.C.)

9.1.6. La cláusula penal propiamente no tiene una finalidad sancionatoria, sino una función reparatoria, por los daños que la entidad contratante pueda sufrir por el incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista, respecto de las que no exista causal eximente de responsabilidad.

9.1.7. Los artículos 1594 y 1600 del Código Civil le otorgan a la cláusula penal una función esencialmente reparatoria o indemnizatoria, frente al incumplimiento atribuible al contratista. La finalidad compulsiva o de apremio para que el contratista cumpla sus obligaciones dentro del plazo estipulado, se logra a través de las multas.

9.1.8. La entidad pública para obtener la efectividad de la cláusula penal pecuniaria debe declarar el incumplimiento total o parcial del contrato, atribuible al contratista.

9.1.9. La cláusula penal se podrá exigir siempre que se presente un incumplimiento de las obligaciones del contratista, cualquiera que ésta sea, sin entrar a calificar que se trata del incumplimiento de prestaciones principales o accesorias o secundarias³².

9.1.10. El incumplimiento lo puede declarar la Administración Pública con posterioridad al vencimiento del plazo contractual y antes del término para practicar la liquidación del contrato, como presupuesto necesario para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por tratarse de una condición necesaria para lograr el recaudo efectivo del valor estipulado en el contrato como estimación anticipada del daño sufrido, máxime cuando tan solo después del vencimiento del plazo se evidencia el incumplimiento definitivo del contratista.

³² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1995. Expediente 7757. C.P. Juan de Dios Montes H.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

9.1.11. Con posterioridad a la liquidación del contrato o al vencimiento del término legal para efectuar la liquidación, la entidad contratante pierde competencia para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada.

9.1.12. La mora del contratista opera automáticamente por el vencimiento del plazo contractual, sin que esta haya ejecutado sus prestaciones o las haya cumplido defectuosa o tardíamente. Por consideraciones de interés público, los contratos estatales tienen la naturaleza de un negocio a plazo fijo, lo que impone la necesidad de que los bienes, obras y/o servicios se cumplan dentro del plazo pactado.

9.1.13. La Administración puede declarar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada, sin que sea necesario que formule requerimiento al contratista para que se allane al cumplimiento de sus obligaciones, conforme a la regla *diez interpellat pro homine*, consagrada en el artículo 1608, numeral 1 del Código Civil.

9.1.14. Al constituir la cláusula penal una estimación anticipada y convencional de daños patrimoniales que sufre la entidad contratante por el incumplimiento del contratista, su principal característica en el campo de la contratación estatal, al igual que en el derecho privado, es que comporta una presunción *juris et de jure* en torno a la existencia del daño antijurídico, cuyo efecto jurídico es que releva a la Administración de la carga de su prueba. Se infiere que el contratista no puede alegar para exonerarse de responsabilidad que el incumplimiento de sus obligaciones no ha causado daños a la entidad contratante, porque la presunción en torno a la existencia de éstos no admite prueba en contrario, como expresamente lo prescribe el artículo 1599 del Código Civil.

9.1.15. La cláusula penal constituye una presunción de la cuantía de los daños derivados del incumplimiento del contrato, lo que releva a la entidad contratante afectada de la carga de probar el quantum o monto del detrimento patrimonial. Es lo que se denomina el efecto evaluativo de la cláusula penal, que en la contratación pública tiene una singular relevancia, en la medida que normalmente los daños que sufre la Administración como consecuencia del incumplimiento del contratista no son susceptibles de valoración económica, porque afectan directamente el interés público.

9.1.16. A diferencia de la presunción de la existencia del daño antijurídico causado por el incumplimiento del contrato, que tiene la naturaleza propia de una presunción *juris et de jure*, la relativa a la cuantía del daño antijurídico tiene la naturaleza de una presunción *juris tantum*, porque si bien la penalidad actúa como mecanismo de evaluación del daño, la ley le reconoce al contratista incumplido el derecho de obtener una rebaja o disminución de la pena estipulada, en los casos que pruebe haber cumplido parcialmente la obligación principal y que ésta ha sido recibida por la Administración (Art.1596, C.C.)

9.1.17. La cláusula penal y la responsabilidad contractual son instituciones que tienen una misma función jurídica, que se traduce en el derecho de la parte afectada de solicitar la reparación o indemnización de los daños antijurídicos derivados del incumplimiento contractual. Con fundamento en lo anterior, la Administración no puede exigir la penalidad junto con la indemnización de los daños por la vía de la responsabilidad contractual, porque si así fuere, obtendría un enriquecimiento patrimonial, desvirtuándose la naturaleza reparatoria de estas dos figuras jurídicas.

9.1.18. De conformidad con el artículo 1600 del Código Civil, la Administración puede optar por declarar en sede administrativa el incumplimiento del contrato y exigir el monto de la penalidad, o renunciar a ésta, y solicitar ante el juez del contrato el reconocimiento del valor de todos los daños derivados del incumplimiento de su contratista. Si opta por esta segunda vía, la Administración al igual que cualquier particular, debe probar en el proceso contencioso administrativo la ocurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil de naturaleza contractual, a saber: el

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

incumplimiento de las obligaciones del contratista a título de culpa, la existencia y cuantía del daño antijurídico (daño emergente y lucro cesante) y el nexo de causalidad entre estos dos extremos.

9.1.19. La Administración si puede exigir simultáneamente el reconocimiento de las multas y la cláusula penal, porque mientras que las multas tienen una finalidad conminatoria, la cláusula penal tiene una función resarcitoria, y el artículo 1600 del Código Civil permite que se pueda pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, si así fue pactado. Por lo tanto, en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista, la Administración en una primera fase puede imponerle multas para apremiarlo a la ejecución del objeto contractual y posteriormente puede hacer efectiva la penalidad estipulada en el contrato para obtener la indemnización del daño sufrido, porque se trata de instituciones con funciones distintas.

9.2. **Objeción de la aseguradora frente a la declaratoria de incumplimiento de la orden de compra para hacer efectiva la cláusula penal pactada.**

9.2.1. Manifiesta el apoderado de la aseguradora:

- **"FALTA DE DEMOSTRACIÓN DEL SINIESTRO Y CUANTÍA.** que no se encuentra acreditado ocurrencia ni cuantía en los términos del artículo 1077 CCO"
- "para ser efectiva la garantía, la entidad estatal deberá acreditar la ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida de conformidad con el artículo 1077 del CCo"
- "si bien la entidad estatal tiene la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, no por ello se le exime de demostrar el INCUMPLIMIENTO, en la medida en que no opera presunción alguna que desplace el deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual"
- "si bien la UAE- DIAN pretende hacer efectiva la cláusula penal por "el posible incumplimiento de Orden de Compra 80276" de conformidad con la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, por la sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, señala como tope mensual, el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir \$14.201.660, suma que difiere con lo liquidado por valor de "27.347.330"
- **"COBERTURA DE LA PÓLIZA.** Según lo señalado en las condiciones generales de la citada póliza, en la sección COBERTURAS, se establece: "3. Cumplimiento del contrato. Cubre a la entidad estatal de los perjuicios derivados de: El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista-garantizado. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista-garantizado. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria"; "El amparo, eventualmente, para afectarse sería el de CUMPLIMIENTO del contrato con un valor asegurado de \$227.226.564"
- **PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.** De llegar a probarse el incumplimiento de la contratista NO deberá darse aplicación a la multa, al tratarse de un contrato que llegó a su terminación. Sin embargo, si la entidad contratante considera hacer efectiva, no la imposición de la multa sino la cláusula penal pecuniario, la sanción de la cláusula penal deberá ser proporcional al incumplimiento del contrato, es decir, se deberá tener en cuentas las obligaciones que el contratista ejecutó y tasar proporcionalmente. ART 1596 CCivil y Consejo de Estado en sección tercera sentencia 6 de diciembre de 2013 (CP DANILO ROJAS BETANCOURTH) expediente 27593. Igualmente, en Concejo (sic) de Estado (CP JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA expediente 53877, del 26 de noviembre de 2015) ha señalado en torno a la proporcionalidad que: "compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad. Todo lo anterior, se traduce entonces en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

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". Todo lo anterior para significar que aun cuando la entidad encuentre un incumplimiento, esto no da lugar a la imposición de la cláusula penal pactada en su totalidad, por lo que esta debe obedecer a unos criterios de proporcionalidad"

- que en Consejo de Estado (CP JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA expediente 53877, del 26 de noviembre de 2015) ha señalado en torno a la proporcionalidad que: "compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad. Todo lo anterior, se traduce entonces en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear necesariamente, el deber jurídico de la motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista"
- "que de llegar a probarse el incumplimiento de la contratista NO deberá darse aplicación a la multa porque se encuentra acreditado el CUMPLIMIENTO
- "si considera hacer efectiva, no la imposición de la multa sino hipotéticamente la cláusula penal pecuniaria, la dosimetría de la sanción de la cláusula penal deberá ser proporcional al incumplimiento del contrato, es decir, se deberá tener en cuentas las obligaciones que el contratista ejecutó y tasar proporcionalmente. ART 1596 Código civil y Consejo de Estado en sección tercera sentencia 6 de diciembre de 2013 (CP DANILO ROJAS BETANCOURTH) expediente 27593"
- "la imposición de multas y CLAUSULA penal no son concurrentes"
- "la cobertura de cumplimiento es independiente y que, si llegara a declararse un eventual incumplimiento no se pueden acumular o afectar simultáneamente otros amparos"
- **SUBROGACIÓN.** En virtud del pago de la indemnización SURA se subroga, hasta concurrencia de su importe, en todos los derechos del asegurado contra el contratista-garantizado
- "la sanción debe responder a los principios de proporcionalidad, equidad y razonabilidad y propiciar que se observen aquellos de la función pública"
- "que la GARANTÍA (ÚNICA) de cumplimiento a favor de entidades estatales 3210277-5 cuyo tomador y afianzado es ASEAR S.A. E.S.P., consagra dentro de su amparo de cumplimiento un valor asegurado que asciende a (\$227.226.564,00) que, según las condiciones generales, particulares, económicas del contrato que se aportan, es el límite máximo de indemnización a cargo de la garante bajo tal cobertura"

9.2.2. En la citación a la audiencia nunca se manifestó al contratista y/o a su garante que el proceso administrativo sancionatorio podía tener como consecuencia la imposición de multa. Dicha citación informó que como consecuencia del proceso administrativo sancionatorio podía declararse el incumplimiento de la orden de Orden de compra No. 80276 de 2021 para hacer efectiva la cláusula penal pactada.

9.2.3. La ocurrencia del siniestro de incumplimiento parcial de la **Orden de compra No. 80276 de 2021** amparada por la garantía única de cumplimiento No. **3210277-5** quedó demostrada por las razones expuestas en el numeral 8.4.1., 8.4.2. y 8.4.3. de la presente resolución.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

9.2.4. Al constituir la cláusula penal una estimación anticipada y convencional de daños patrimoniales que sufre la entidad contratante por el incumplimiento del contratista, su principal característica en el campo de la contratación estatal, al igual que en el derecho privado, es que comporta una presunción *juris et de jure* en torno a la existencia del daño antijurídico, cuyo efecto jurídico es que releva a la Administración de la carga de su prueba. Se infiere que el contratista no puede alegar para exonerarse de responsabilidad que el incumplimiento de sus obligaciones no ha causado daños a la entidad contratante, porque la presunción en torno a la existencia de éstos no admite prueba en contrario, como expresamente lo prescribe el artículo 1599 del Código Civil.

9.2.5. La cuantía de la cláusula penal fue establecida en el numeral 4 del Oficio 1-32-000-201-115 de fecha 29 de marzo de 2022 *"PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE COMPRA OC-80276 DEL PROCESO No. CCE-972-AMP-2019 Y SOLICITUD DE INICIO DE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL"* que se adjuntó como Anexo No. 8 de la citación. En dicho numeral se incluyó el proyecto de tasación proporcional del Presunto Incumplimiento No. 1, Presunto Incumplimiento No. 2 y Presunto Incumplimiento No. 3 y la sumatoria de los tres (3) presuntos incumplimientos, como se transcribió en el numeral 2 del presente acto administrativo y que por su extensión no se vuelve a transcribir.

9.2.6. De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, la garantía de cumplimiento cubre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria y así lo confirma el clausulado de la Garantía Única de Cumplimiento No. **3210277-5**.

9.2.7. El apoderado de la aseguradora considera que existe contradicción cuando en la citación se afirma que el tope mensual de la cláusula penal es de \$14.201.660 y al final se concluye que el valor total de la cláusula penal es de \$27.347.330.

La Subdirección de Compras y Contratos evidencia que no existe contradicción, porque el valor de \$14.201.660 corresponde a un tope mensual y el incumplimiento parcial de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 se está predicando de tres (3) meses y siete (7) días, correspondientes a diciembre de 2021, enero, febrero y algunos días de marzo de 2022.

9.3. Tasación de la cláusula penal.

9.3.1. En la citación a la audiencia enviada mediante oficio 100151189 -000921 del 09 de junio de 2023, se informó al contratista y garante que de conformidad con la de conformidad con la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019, la **UAE-DIAN** en su calidad de entidad contratante puede:

"Cláusula 20. Cláusula penal

"En caso de que el Proveedor incumpla parcial o totalmente las obligaciones establecidas en la números 11.1 al 11.27 Cláusula 11 del Acuerdo Marco, Colombia Compra Eficiente podrá hacer efectiva la cláusula penal por una suma equivalente hasta el 5% de la suficiencia del amparo de cumplimiento de la garantía de cumplimiento otorgada por el Proveedor. La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de Colombia Compra Eficiente, cuando el Proveedor incurra en mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones. En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de Colombia Compra Eficiente.

La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de Colombia Compra Eficiente, cuando el Proveedor se abstenga de responder a las solicitudes de cotización y sea reportado por las Entidades Compradoras.

En caso de que el Proveedor incumpla parcial o totalmente las obligaciones establecidas en numerales 11.28 al 11.66 la Cláusula 11 del Acuerdo Marco, la Entidad Compradora podrá hacer efectiva la cláusula penal por una suma equivalente de hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra que incumplió. La cláusula penal también puede ser impuesta por el mismo valor por parte de la Entidad Compradora, cuando el Proveedor incurra en una mora o retardo en el cumplimiento de dichas obligaciones. En este caso, la cláusula penal será pagada a favor de la Entidad Compradora.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

En ninguno de los casos expuestos anteriormente, el pago o deducción de la cláusula penal significará la exoneración del cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco ni de las Órdenes de Compra".

9.3.2. Según el oficio 1-32-000-201-115 del 29 de marzo de 2022, mediante el cual la supervisora informó a la Subdirección de Compras y Contratos el presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 y solicitó la iniciación de proceso administrativo sancionatorio para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pactada, la sumatoria de las obligaciones reportadas en los tres (3) presuntos incumplimientos, tenía como tope mensual, el valor de la octava parte de la cláusula penal pactada, es decir **\$14.201.660**, así:

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

Así, el Valor de incumplimiento parcial del Acuerdo Marco de Precios **CCE-972-AMP-2019 - Orden de Compra 80276** tasado en el informe de presunto incumplimiento de la orden de compra y en la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, era de **VEINTISIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA PESOS MCTE (\$27.347.330)**

9.3.3. Como la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019 solo le concede competencia a las entidades compradoras para declarar el incumplimiento de la orden de compra para hacer efectiva la cláusula penal pactada, cuando se trate del incumplimiento de las **"obligaciones establecidas en numerales 11.28 al 11.66 la Cláusula 11 del Acuerdo Marco"** y en el presunto incumplimiento No. 3 la supervisión reporta incumplimiento del **Anexo 1 – "Actividades, nivel de servicio y resultados del Servicio Integral de Aseo y Cafetería", literal F "Niveles de respuesta y de servicio -Reemplazos del personal"**, en consecuencia, la UAE-DIAN no tiene competencia para declarar el incumplimiento de las obligaciones reportadas en el presunto incumplimiento No. 3.

9.3.4. Por lo anterior, se realiza la siguiente tasación de la cláusula penal:

	presunto incumplimiento 1	presunto incumplimiento 2	presunto incumplimiento 3	Total	Límite octava parte de la cláusula penal
diciembre	\$13.123.123	\$4.419.077	\$0	\$17.542.200	\$14.201.660
enero	\$8.730.529	\$2.657.085	\$0	\$11.387.614	\$11.387.614
febrero	\$68.168	\$1.357.471	\$0	\$1.425.639	\$1.425.639
marzo	\$15.906	\$63.532	\$0	\$79.438	\$79.438
					\$27.094.351

10. DECLARACIÓN O CONSTITUCIÓN DEL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

10.1. En materia de Contratación Estatal el Consejo de Estado ha concluido³³, en relación con la ocurrencia del riesgo, la declaratoria del siniestro y la prescripción de las acciones contempladas en el artículo 1081 del Código de Comercio, lo siguiente: **(i)** Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. **(ii)** La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; **(iii)** El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; **(iv)** El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, **(v)** No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.

10.2. El término de dos (2) años para que opere la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro (Art.1081 del Código de Comercio), se interrumpe cuando la administración notifica a la aseguradora el acto administrativo que declara el siniestro cubierto por la póliza, sin perjuicio de que con posterioridad suceda la interposición, sustentación y resolución del recurso de reposición.

10.3. Para la materialización de las pólizas de seguro que amparan el patrimonio público de los contratos estatales, en cuanto a su vigencia y cobertura, solo se requiere que el riesgo cubierto se haya materializado efectivamente durante el periodo de cobertura de la póliza y que la declaratoria de su acaecimiento por parte de la administración se haga mediante acto administrativo en un término no mayor a dos (2) años a partir de la fecha en que tuvo conocimiento la entidad de la realización del riesgo cubierto.

10.4. Si bien la ocurrencia de un siniestro en materia de Contratación Estatal debe ocurrir en vigencia de la póliza; no sucede lo mismo con el término que tiene la Administración para proferir el acto administrativo que lo declara y ordena hacer efectiva una póliza constituida a su favor, hecho que puede ser coetáneo o incluso posterior a la vigencia de la garantía.

10.5. En la contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador, toda vez que tal reclamación se suple a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantías, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente.

10.6. De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, la garantía de cumplimiento debe cubrir el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

10.7. De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, la UAE-DIAN debe hacer efectiva la garantía mediante de acto administrativo en el que imponga la multa y ordene su pago al contratista y al garante. **El acto administrativo constituye el siniestro.**

Con fundamento en lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Declarar que **ASEAR S.A. E.S.P** identificado con Nit. **811044253-8**, incumplió parcialmente la **Orden de Compra No. 80276 2021** que le fue colocada por la **UAE-DIAN** en vigencia del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019 y que tenía por objeto: *"Contratar el Servicio integral de aseo y cafetería a nivel nacional, mediante la modalidad de*

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia 53914 de 2015 y Sección Tercera, Subsección A, CP Hernán Andrade Rincón, sentencia 27721 de 2014.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

Órdenes de Compra a través de Colombia Compra Eficiente, al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972- AMP- 2019, para todas las dependencias e inmuebles de la Entidad.Bogotá D.C. - Impuestos".

ARTÍCULO SEGUNDO. Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento parcial, hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en contra de **ASEAR S.A. E.S.P**, Nit. **811044253-8**, por la suma de **VEINTISIETE MILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS MCTE (\$27.094.351)**, moneda legal colombiana.

ARTÍCULO TERCERO. Constituir el siniestro del amparo de cumplimiento del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019 - Orden de Compra 80276, suscrito entre la **UAE-DIAN** y **ASEAR S.A. E.S.P**. Nit. **811044253-8**, garantizado mediante la **Póliza de Cumplimiento No. 3210277-5** expedida por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT. 890.903.407-9**, por el valor de **VEINTISIETE MILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS MCTE (\$27.094.351)**, moneda legal colombiana, correspondiente a la cláusula penal pactada que se hizo efectiva.

ARTÍCULO CUARTO. Ordenar a **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT. 890.903.407-9**, hacer efectiva la garantía de cumplimiento constituida mediante la **Póliza de Cumplimiento No. 3210277-5**, mediante el pago de **VEINTISIETE MILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS MCTE (\$27.094.351)** moneda legal colombiana, correspondiente a la cláusula penal pactada que se hizo efectiva, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015.

PARÁGRAFO 1. Esta indemnización se debe pagar dentro del mes siguiente a la fecha de firmeza y ejecutoria de esta decisión, ingresando al punto virtual de la ruta www.bancoagrario.gov.co , luego debe seleccionar Pagos DTN, DTN – OTRAS TASAS MULTAS Y CONTRIBUCIONES NO ESPECIFICADAS ENTIDADES, Código de Portafolio 150, cuenta corriente No. 300700011459, diligenciar todos los campos de quien paga la multa y enviar soportes de pago a los siguientes correos electrónicos:

- corresp_entrada_NC@bian.gov.co buzón de entrada de la **UAE-DIAN** del Nivel Central, para que se genere número de radicado de entrada.
- hbenavidest@bian.gov.co del Dr. **HENRY ALBERTO BENAVIDES TARAPUEZ**, Jefe de la Coordinación de Registro y Flujo de Caja de la Subdirección Financiera de la **UAE-DIAN**.
- vcampose@bian.gov.co del Dr. **VICTOR JULIO CAMPOS ESPINEL**, Jefe de la Coordinación de análisis y gestión contable de la Subdirección Financiera de la **UAE-DIAN**.
- jserranob2@bian.gov.co de la Dra. **JANETH TERESA SERRANO BERMONT**, supervisora de la orden de compra, para que deje constancia del pago en el proyecto de liquidación de la Orden de Compra 80276 que presente a la Subdirección de Compras y Contratos.

ARTÍCULO QUINTO: El presente acto una vez se encuentre en firme y ejecutoriado, presta mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 422 del Código General del Proceso.

ARTÍCULO SEXTO: Notificar la presente resolución en audiencia, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a:

- **ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8**, representada mediante apoderada, Dra. **MARÍA ANTONIA LLANO ZAPATA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1214745103, T.P. No. 367592 del Consejo Superior de la Judicatura y Dra. **VALENTINA MARÍN GARCÍA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1152469026, T.P. No. 386299 del Consejo Superior de la Judicatura

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra No. 80276 de 2021 colocada por la UAE-DIAN a ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8 al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019"

-Aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT 890.903.407-9**, representada mediante apoderado Dr. Sebastián Felipe Sánchez Zapata, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1017156331 T.P. No. 205594 del Consejo Superior de la Judicatura.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Informar que de conformidad con el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra la presente resolución procede el recurso de reposición ante la **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **UAE-DIAN**, que se interpondrá, sustentará y decidirá en audiencia.

ARTÍCULO OCTAVO: PUBLICAR la parte resolutive de la resolución en el **SECOP II** dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su ejecutoria, en cumplimiento del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO NOVENO: COMUNICAR la parte resolutive de la resolución a la Cámara de Comercio en la que se encuentre inscrito el contratista **ASEAR S.A. E.S.P. NIT 811044253-8**, mediante registro que efectuará la Subdirección de Compras y Contratos en el aplicativo de **CONFECÁMARAS**, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su ejecutoria, en cumplimiento del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO DÉCIMO: Ordenar a la Coordinación de Correspondencia y Notificaciones de la Subdirección Administrativa de la UAE-DIAN, **COMUNICAR** el presente acto administrativo a la Procuraduría General de la Nación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su ejecutoria, en cumplimiento del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 19 de 2012, mediante el envío de su parte resolutive al correo quejas@procuraduria.gov.co y funcionpublica@procuraduria.gov.co

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C.,

09 NOV 2023

CIELO ALEXANDRA VEGA NAVARRO
Subdirectora de Compras y Contratos
Dirección de Gestión Corporativa
UAE-DIAN

Proyectó: Rossy Liliana Ascencio Pachón, Inspector IV, Subdirección de Compras y Contratos