

RESOLUCIÓN NÚMERO
()

"Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°09457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. ESP, NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019 "

ASUNTO: PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO
CONTRACTUAL
ORDEN DE COMPRA N° 80276
PROCESO DE SELECCIÓN: ACUERDO MARCO DE PRECIOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO INTEGRAL DE ASEO Y CAFETERÍA CCE-972-AMP-2019
CONTRATANTE: UAE-DIAN
CONTRATISTA: ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8
ASEGURADORA: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NIT 890.903.407-9
GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO N° 3210277-5 de fecha 24-11-2021
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 N°000089 de 2021 del Director General de la DIAN, y

CONSIDERANDO

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. **OPORTUNIDAD:** El recurso de reposición fue interpuesto y sustentado en audiencia, de conformidad con el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

1.2. **PERSONERÍA Y PRESENTACIÓN PERSONAL:** El recurso fue presentado personalmente como se relaciona a continuación:

Recurrente	Interpuesto por	En su calidad de
ASEAR S.A. E.S.P., NIT	Dra. VALENTINA ALI PINO, identificada	Apoderada del contratista

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 resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

Recurrente	Interpuesto por	En su calidad de
811.044.253-8	con cédula de ciudadanía N°1.007.252.602, y tarjeta profesional N°418.503 del C.S. de la J.	con personería jurídica debidamente acreditada
SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NIT 890.903.407-9	Dr. SEBASTIÁN FELIPE SÁNCHEZ ZAPATA , identificado con la cédula de ciudadanía N°1017156331, tarjeta profesional 205.594 del C.S. de la J.	Apoderado de la compañía aseguradora con personería jurídica debidamente acreditada

1.3. PROCEDENCIA: Por lo anterior, los recursos de reposición interpuestos al tenor de lo prescrito en el Art.86 de la Ley 1474 de 2011, son procedentes y deben ser resueltos de fondo en audiencia.

2. DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La **SUBDIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATOS** de la **DIAN**, observando el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, mediante Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, decidió en Audiencia:

"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 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@dian.gov.co buzón de entrada de la UAE-DIAN del Nivel Central, para que se genere número de radicado de entrada.
- hbenavidest@dian.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.
- vcampos@dian.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.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

• jserranob2@dian.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.

-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. (...).

3. RECURSO DE REPOSICIÓN

En la sesión 8 de la audiencia realizada el 04 de abril de 2024, la apoderada del contratista **ASEAR S.A. E.S.P.**, presentó recurso de reposición contra la Resolución N°09457 del 09 de noviembre de 2023, por las siguientes razones:

"Si bien ASEAR SA ESP ha reconocido un cumplimiento tardío en el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato celebrado con la DIAN, se deben identificar algunas situaciones que difieren del análisis realizado por la entidad dentro del correspondiente fallo.

"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."

Frente al no cobro de las obligaciones no ejecutadas en su debido momento, ASEAR SA ESP puso en conocimiento de la entidad la imposibilidad cumplimiento en el momento oportuno, situación que permite identificar la BUENA FE en el actuar de la entidad, por lo que si bien, tal como afirma la entidad, la reciprocidad o interdependencia de las prestaciones, Propia de los negocios jurídicos sinalagmáticos, es un elemento común de los contratos estatales, debe tenerse en cuenta que al momento de ASEAR SA ESP lograr el cumplimiento en su totalidad del contrato, no recobro aquellos gastos no pagados, situación que rompe la reciprocidad señalada y que no fue tenida en cuenta por la entidad contratante.

Por lo anterior, si bien se concretó un incumplimiento parcial que solo pudo ser retribuido por ASEAR SA ESP de forma posterior, se logró subsanar dicho incumplimiento logrando el cumplimiento total de las obligaciones

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

obtenidas, lo que si bien no exime de responsabilidad a la entidad, si debe ser tomado en cuenta al momento de valorar la sanción atribuible a mi representada.

Adicionalmente, frente a la valoración que se realiza frente a las situaciones externas que no permitieron un cumplimiento oportuno de las obligaciones pactadas, se encuentra que el fallador indico que:

"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."

Se encuentra que el mayor reproche dirigido a mi representada se fundamenta en qué el COVID era una situación conocida, y que por tanto, las situaciones derivadas del mismo debían ser previstas por la empresa contratista. Frente a dicho reproche, nos permitimos indicar al despacho que si bien se reconoce la preexistencia de la condición sanitaria que afectaba el país, se desconocía para dicho momento el alcance, gravedad y efectos adversos que solo sobrevivieron con el pasar del tiempo.

Si bien entonces, se entiende que se podían prevenir ciertos riesgos relacionados a la emergencia sanitaria, era imprevisible e irresistible prever el alcance de las afectaciones económicas, de personal y de suministro que represento la pandemia, puesto que se hacía imposible determinar la duración de la misma en el tiempo, así como las consecuencias que generó la extensión de la misma en el tiempo, consecuencias que solo podían ser valoradas con el pasar del mismo.

Así mismo, las incapacidades y permisos se sitúan como una situación imprevisible e irresistible en ciertos casos, máxime si se tiene en cuenta el objeto o razón que dan lugar a los mismos. Si bien ASEAR SA ESP puede calcular hasta cierto punto la necesidad de contratar personal que pueda suplir las posibles ausencias que se presente durante el transcurso de la ejecución del contrato, finalmente son muchas las condiciones que pueden presentarse y que resultan imposibles de prever por parte de la compañía, más cuando la mayoría estás ausencias también ocurrieron durante la emergencia sanitaria, aumentando el riesgo de incapacidades en números difícilmente calculables.

Cabe destacar que incluso, presentándose todas las situaciones anteriormente mencionadas, ASEAR SA ESP puso toda su capacidad en la ejecución del contrato, a fin de que si bien se hacía imposible su ejecución en los términos inicialmente establecidos, se buscó evitar la suspensión total en la prestación del servicio, mismo que se logró mantener activo durante la ejecución del contrato en su totalidad.

Finalmente, cabe destacar que ASEAR SA ESP en ningún momento ha negado la existencia de retrasos e incumplimientos parciales, sin embargo, mi representada fue totalmente diligente al mantener al tanto de la situación a la entidad contratante, máxime cuando la ejecución del contrato se dio en una instancia temporal compleja y llena de situaciones anormales, irresistibles e imprevisibles principalmente ligadas a la emergencia sanitaria, por lo que sí bien ASEAR SA ESP reconoce su responsabilidad, se solicita tener en cuenta los argumentos esbozados en cuanto a las sanciones propuestas en el fallo en cuestión, teniendo en cuenta que a pesar de las situaciones mencionadas, ASEAR SA ESP puso a disposición del contratante toda su capacidad a efectos de lograr el mayor cumplimiento del contrato."

En la misma sesión 8 de la audiencia realizada el 04 de abril de 2024, el apoderado de la compañía aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, presentó recurso de reposición contra la Resolución N°09457 del 09 de noviembre de 2023, bajo los siguientes argumentos:

"La UAE DIAN pretende hacer efectiva la cláusula penal con fundamento en lo dicho en el art. 9.3 de la Resolución y atribuir una cuantía de declaratoria por valor de \$27.347.330, con fundamento en "la octava parte de la cláusula penal". Fíjese usted Sr. Director que esa octava parte no tiene ningún soporte jurídico ni legal a la hora de tasar el eventual siniestro, es decir, la manifestación de la DIAN de atribuirle una tasación no respeta la

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

jurisprudencia legal del Consejo de Estado ni los medios de prueba del expediente. Los tres presuntos incumplimientos conforme lo indicó la apoderada de ASEAR fueron subsanados de manera que se predica la inexistencia del siniestro por no haberse acreditado la cuantía, ni su ocurrencia, la resolución de la DIAN que se refiere a los numerales 8.4.1, 8.4.2 y 8.4.3 son argumentaciones tenidas en cuenta con posterioridad a la presentación de los descargos del contratista y de la entidad aseguradora, es decir, la DIAN pretendió con base en el informe de supervisión N°8 intentar acreditar un presunto incumplimiento que no tenía soporte en el pliego citatorio. En consecuencia, respetuosamente le solicito reponer la decisión tomada específicamente en los numerales primero, segundo, tercero y cuarto y en su lugar declarar superado el hecho por cumplimiento conforme a las pruebas ya señaladas. De manera subsidiaria, de no acatarse la petición, justificar de manera clara la tasación y la proporcionalidad de la cláusula penal y tener presente la prescripción de las acciones propias del Código de Comercio, artículo 1081 al haber transcurrido más de dos (2) años desde que se tuvo conocimiento del presunto incumplimiento."

4. PRUEBAS

No se adjuntaron pruebas adicionales como soporte a los recursos presentados por el contratista, ni por la compañía aseguradora.

Tampoco se solicitó la práctica de ninguna prueba adicional.

5. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS.

Respecto del recurso presentado por el contratista, esta Subdirección considera:

- ✓ En el escrito de recurso presentado por la apoderada de la empresa **ASEAR S.A. ESP**, se evidencia aceptación del cumplimiento tardío de las obligaciones que debía cumplir en diciembre de 2021 y enero y febrero de 2022. Si bien es cierto, a renglón seguido inició un relato enfocado a justificarlo, de entrada hay una aceptación del incumplimiento, lo que resulta lógico y obvio pues se trata de bienes no entregados y de personal faltante que no fue dispuesto por el contratista para la prestación del servicio durante dichos meses.
- ✓ Respecto a la insistencia del argumento relacionado a que el contratista prestó efectivamente los servicios contratados con los elementos e insumos disponibles desde la fecha de inicio de la orden de compra y con el personal disponible, es decir, que no obstante, faltar insumos y operarios prestó el servicio, la Entidad debe concluir que no es de recibo por las siguientes razones:
 - Antes de iniciar un evento de cotización para colocar una orden de compra para el servicio de aseo, cafetería y mantenimiento en cada sede, la DIAN realiza una juiciosa verificación de la necesidad, estableciendo cantidad y calidad de los insumos, equipos y maquinaria requeridos para la operación, al igual que cantidad de operarios solicitados para la cobertura de todas las actividades por sede.

Para la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá se incluyeron 2.684 elementos y 65 operarios para satisfacer por completo las necesidades que para la fecha se identificaron. La prestación del servicio con menos elementos en los meses de diciembre de 2021 (201), enero (1034) y febrero de 2022 (2.670), no cumple lo contratado por la DIAN y constituye un incumplimiento representado en un 92.51% en diciembre de 2021 (ante la falta de 2.483 elementos), de 61.48% en enero de 2022 (por la ausencia de 1.650 elementos) y de 99.47% en febrero de 2022 (con 14 elementos faltantes). Así, fueron tres (3) meses, siete (7) días los que tardó el contratista en cumplir al 100% con la obligación de poner a disposición de la entidad

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

los 2.684 elementos y respecto al personal asociado a la prestación del servicio, sólo hasta el 13-02-2022 el contratista dispuso de los 65 operarios contratados, con la conocida novedad registrada nuevamente entre el 14 y el 22 de marzo de 2022 (1 operario menos).

- Sobre el incumplimiento de la cantidad de personal contratado mensualmente, si bien el servicio fue prestado con una calidad inferior a la pactada, porque se prestó con un número de operarios menor al requerido, cumpliendo la cantidad disponible pactada solo a partir del 13-02-2022 y presentando nuevamente menos personal entre el 14 y el 22 de marzo de 2022. La prestación del servicio con un número menor al pactado afectó la calidad del servicio.
- Adicionalmente, se evidenció en su momento (diciembre 2021 hasta marzo de 2022) deficiencia en la calidad del servicio. No debe perderse de vista la capacidad de maniobra de una persona para desempeñar ciertas actividades y considerar que en el momento más crítico, presentado en el mes de diciembre de 2021 al inicio de la operación, donde se contaba con tan solo el 7,49% de los elementos necesarios y para mencionar como ejemplos unos días, el 01-12-2021 se contaba con 18 operarios, con un faltante de 47 personas, el 02-12-2021 con 39, lo que significa un faltante de 26 personas, el 03-12-2021 43 operarios, lo que se traduce en un faltante de 22 personas, irregularidad que se extendió en el tiempo, registrando el 31-12-2021 48 operarios, para un faltante de 17 operarios, necesariamente se presentó en servicio con una calidad muy inferior a la pactada.
- ✓ Respecto a la afirmación que busca desvirtuar el incumplimiento con el sustento de que la DIAN no pagó por los elementos, equipos, maquinaria y personal faltante, cabe advertir que tal como lo indica la apoderada en su escrito contentivo del recurso, la Entidad pagó por los bienes y servicios incluidos en la facturación del contratista, la cual soportaba de forma exclusiva la cantidad de elementos, equipos, maquinaria y personal constatada por el supervisor para cada período y plasmada de forma mensual en el FT-FN-2337 Certificado de bienes y servicios recibidos. El incumplimiento se concretó en el momento mismo de no poner a disposición en las fechas establecidas, las cantidades de bienes contratados, al igual que no poner a disposición del servicio la cantidad de personal exigida en la orden de compra.

Adicionalmente se advierte que este argumento fue expuesto de forma previa por la apoderada del contratista e igualmente desvirtuado por la Entidad, en la resolución objeto de recurso. Sin embargo, ante la insistencia de su formulación, se hace necesario recalcar nuevamente que, por no haber recibido el pago de bienes y servicios, no puede concluir el contratista que se entiende superada su omisión o falta de cumplimiento de la entrega del 100% de los bienes pactados y cantidad de personal que para la prestación del servicio debía disponer en cada mes. La Entidad al gestionar esta modalidad de contratación, cuenta con los recursos que aseguran al proveedor el pago de todo lo que se contrata, por lo tanto, la DIAN estaba en disposición desde el 01-12-2021 de pagar la totalidad del valor de todos los bienes y servicios incluidos en la Orden de Compra N°80276 de 2021, pero debió reducir el pago al monto correspondiente a los bienes entregados y servicios prestados por parte de ASEAR S.A. E.S.P

- ✓ A continuación, expone la apoderada del contratista como sustento a favor de su representada la existencia de la pandemia por Covid-19, precisando que *"era imprevisible e irresistible prever el alcance de las afectaciones económicas, de personal y de suministro que represento la pandemia"*.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

Igualmente, no es un argumento de defensa nuevo, por el contrario, tal justificación fue expuesta de forma previa a la resolución recurrida, donde además no probó de forma específica como la pandemia le impidió dar cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas como proveedor. Lo propio acontece con ocasión al recurso, donde asocia al Covid-19 como justificación de su incumplimiento, enfatizando en que fue para su representada un evento imprevisible e irresistible, pero no documenta, ni explica la relación exacta entre la existencia de la pandemia y la tardanza en el suministro de bienes (insumos, maquinaria y equipos) y tampoco sobre la vinculación del personal.

Si bien es cierto, como expone la apoderada del contratista, se desconocía la fecha de extensión en el tiempo de la pandemia, también lo es, que su inicio fue en el mes de marzo de 2020, es decir, veinte (20) meses antes del inicio de la ejecución de la orden de compra objeto del proceso sancionatorio. Además, justo el objeto social de la empresa ASEAR S.A. E.S.P, se enfoca en una actividad de relevancia para contrarrestar la citada pandemia:

"objeto social principal de la sociedad será prestación de toda clase de servicios de apoyo a empresas sociedades, corporaciones, fundaciones o entidades públicas o privadas, legalmente establecidas pudiendo realizar actividades tales como: Servicios integrales de aseo general, servicios de cafetería y mantenimiento de toda clase de bienes muebles e inmuebles, manejo de residuos sólidos, cargue, descargue, recepción, entrega y movilización de cualquier bienes muebles, incluidos toda clase de elementos, equipos, maquinaria, enseres, desechos, etc. Mantenimiento, reparación y operación de toda clase de bienes muebles e inmuebles, servicio de conducción de vehículos, mensajería, cafetería, jardinería, ornato, embalaje y desembalaje de bienes muebles, administración integral de edificios inteligentes; servicios de mantenimiento industrial, hospitalario, comercial, administrativo, universitario, etc; barrido vial, mantenimiento calificado o no de toda clase de bienes muebles e inmuebles, entre otras, las siguientes áreas; equipos de generación, electromecánicos, eléctricos, electrónicos o manuales instalados en edificaciones en general; trabajos de mantenimiento o construcción, soldaduras, obras civiles, pinturas, mampostería, albañilería, construcción, fontanería, sistemas de acueducto y alcantarillado; mantenimiento general de piscinas e instalaciones locativas seguridad acuática y orden logístico, aseo y mantenimiento especializado, clínicas e instituciones de salud, transporte interno de materias primas o productos en proceso terminados, trabajos de hilados, tejeduría, embobinado, estampación, cardado, revisión, empaque, despacho, lubricación, corte, promoción, etc. Todas las listas del objeto social antecedente son simplemente enunciativas, ya que la sociedad podrá prestar cualquier servicio relacionado con su objeto principal, entendiéndose que los que requieran de una idoneidad o calidad especial serán prestados a través del personal vinculado a la sociedad que posea los respectivos conocimientos, licencias o títulos, la sociedad también podrá adquirir o disponer a cualquier título bienes muebles o inmuebles, tales como enajenar, gravar, hipotecar, etc. Celebrar todo tipo de contratos civiles, laborales o comerciales, tales como los comerciales de cambio en todas sus manifestaciones; sacar y poseer patentes y marcas; abrir cuentas bancarias, negociar títulos valores."

Por todos es conocido que actividades de aseo, limpieza y desinfección de los espacios era una recomendación de las autoridades sanitarias para mitigar la exposición al contagio y minimizar el riesgo de albergar el virus. Por lo tanto, las empresas dedicadas a estas actividades nunca sufrieron parálisis en su operación, por el contrario, podría asegurarse su auge por mayor demanda de sus servicios. Tal circunstancia se traduce necesariamente en la exigencia de mayor organización al interior de la empresa para ofrecer sus servicios de acuerdo con las exigencias propias de la situación que se padecía a nivel mundial. Justamente, el servicio de aseo y cafetería en los años de duración de la pandemia fueron fundamentales para evitar la parálisis en la prestación del servicio público, lo que hace más reprochable que una vez se deposita la confianza institucional en su desempeño, se presentaran fallas que pusieran en riesgo la operación de la Entidad, inclusive la salud del personal DIAN, de nuestros usuarios y de sus operarios.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

Lo anterior, en contravía de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993² cuando dispone:

"ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones." (Resaltado fuera de texto).

Finalmente se aclara que la apoderada del contratista no probó que entre la fecha en la que presentó su cotización dentro del evento creado por la DIAN y la fecha en la que inició la ejecución de la orden de compra, hubiera sucedido un hecho imprevisible e irresistible que le impidiera cumplir la orden de compra con la oportunidad y calidad pactada.

De manera específica, la realidad del covid 19 era conocida por el contratista cuando presentó su cotización y no existe evidencia en el proceso administrativo, de que entre la fecha en la que presentó su cotización y la fecha del acta de inicio, hubiera ocurrido un hecho imprevisible o irresistible que justificara el no cumplimiento del contrato en las condiciones de calidad pactadas, durante los meses de diciembre de 2021 y enero y febrero de 2022.

Así las cosas, se reitera que el cumplimiento del servicio en las condiciones de calidad pactadas a partir de marzo de 2022, no subsana la defectuosa prestación del servicio en diciembre de 2021 y enero y febrero de 2022, porque durante dichos meses la DIAN no recibió la cantidad de bienes contratados, ni el servicio fue prestado por la cantidad de operarios pactados.

- ✓ Como argumento final la apoderada del contratista concluye que *"en ningún momento ha negado la existencia de retrasos e incumplimientos parciales"*, y pide considerar a favor de su representada la diligencia al mantener informada a la Entidad de la situación, retomando nuevamente la multicitada afectación de la pandemia del Covid-19 en su operación, para buscar que la Entidad, valore que, aunque reconocen su responsabilidad, pusieron a disposición de la DIAN *"toda su capacidad a efectos de lograr el mayor cumplimiento del contrato"*.

Al respeto, la Subdirección de Compras y Contratos, advierte algo de incongruencia en el argumento formulado, pues de la lectura de los informes de supervisión se advierte silencio en múltiples ocasiones de parte de la empresa contratista, ante requerimientos y comunicaciones del supervisor. Para ello se remite a los anexos 3 y 4 y a la lectura de los numerales 4.1.5, 4.1.6 y 4.1.7 de la resolución objeto de recurso, además del numeral cinco (5) los informes de supervisión de los meses de diciembre 2021 y en enero de 2022, numeral siete (7) del informe febrero 2022 y numeral nueve (9) del informe de marzo de 2022, correspondiente a "llamados de atención al contratista", donde se controvierte la afirmación sobre la cual se pretende ahora validación.

² Artículo 3 Ley 80 de 1993

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

Respecto del recurso presentado por la compañía aseguradora, esta Subdirección considera:

El apoderado de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A**, enfoca su sustentación en controvertir la tasación de la cláusula penal, arguyendo que no tiene ningún soporte jurídico, ni legal, advirtiendo que no respeta la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni los medios de prueba del expediente.

Sobre este punto en particular es necesario anotar que la sustentación del abogado no fue respaldada con ningún documento, no se indicó donde está el supuesto error en la tasación de la cláusula, no se informó la norma presuntamente violentada de parte de la Entidad, ni tampoco se citó ninguna sentencia del Consejo de Estado que trate la temática objeto de debate. En conclusión, resulta imposible corroborar sus exposiciones con simples abordajes generales de lo que considera desatinado o injusto.

Por otra parte, afirma apoyar el recurso de la apoderada de la empresa ASEAR SA ESP, en relación con que se deben entender superados los tres (3) incumplimientos por haber sido subsanados, que además se debe entender *"la inexistencia del siniestro por no haberse acreditado la cuantía, ni su ocurrencia, la resolución de la DIAN que se refiere a los numerales 8.4.1, 8.4.2 y 8.4.3 son argumentaciones tenidas en cuenta con posterioridad a la presentación de los descargos del contratista y de la entidad aseguradora, es decir, la DIAN pretendió con base en el informe de supervisión N°8 intentar acreditar un presunto incumplimiento que no tenía soporte en el pliego citatorio"* y con fundamento en su exposición solicita reponer la decisión tomada por la DIAN, específicamente los numerales primero, segundo, tercero y cuarto y en su lugar declarar superado el hecho por cumplimiento.

Sobre el respaldo al contratista en relación con que la DIAN entienda superados los incumplimientos, el abogado no ofrece ninguna justificación particular, no explica porque debe atenderse el llamado de quien respalda para tal fin, simplemente se adhiere a su súplica sin suministrar elementos de juicio a la entidad para hacer factible tal decisión.

Sin embargo, se reitera que el cumplimiento del servicio en las condiciones de calidad pactadas a partir de marzo de 2022, no subsana la defectuosa prestación del servicio en diciembre de 2021 y enero y febrero de 2022, porque durante dichos meses la DIAN no recibió la cantidad de bienes contratados, ni el servicio fue prestado por la cantidad de operarios pactados.

Sobre la inconformidad relacionada con el contenido de los numerales 8.4.1, 8.4.2 y 8.4.3 de la Resolución N°009457 de 09-11-2023, al considerar que son argumentaciones posteriores a la presentación de los descargos del contratista y su compañía aseguradora, y que tienen como soporte el "Informe de supervisión N°8", no son de recibo por la Entidad porque al parecer hay una descontextualización del recurrente, para lo cual se hace necesario aclarar algunos puntos:

-El informe de presunto incumplimiento presentado por la supervisora de la Orden de Compra, fue puesto en conocimiento de la Subdirección de Compras y Contratos el 12 de abril de 2022, mediante radicado virtual No. 000I2022904412.

-La citación al contratista y a su garante para la iniciación del procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento del Orden de Compra N°80276 de 2021 se concretó el 09-06-2023, mediante oficio 100151189 -000921. A dicha citación se adjuntaron los siguientes anexos:

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

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.

-La sesión 1 de la audiencia se realizó el 26 de junio de 2023, en desarrollo de la cual se describieron en detalle las pruebas que conformaban el acervo probatorio recaudado, incluidas las pruebas solicitadas y aportadas tanto por el contratista como por el garante. Como punto a destacar se tiene que los informes de supervisión relacionados corresponden únicamente a los meses de diciembre de 2021, enero, febrero y marzo de 2022 y que en el curso de la audiencia se recibieron los descargos del contratista y de la aseguradora, es decir, que los temas objeto de reproche nunca desbordaron lo descrito en el informe de incumplimiento soporte de la citación.

-La sesión 2 de la audiencia se realizó el 21 de julio de 2023.

-La sesión 3 de la audiencia se realizó el 22 de septiembre de 2023.

En ambas sesiones se recaudaron y practicaron diversas pruebas con el objeto de esclarecer los hechos materia de discusión.

-En la sesión 4 de la audiencia realizada el 05 de octubre de 2023, se recibieron los alegatos de conclusión, tanto del contratista como de su garante. Aquí igualmente debe destacarse que el tema debatido continúa siendo lo descrito como presuntos incumplimientos 1, 2 y 3 del informe de supervisión que generó la citación a audiencia.

En el numeral 8.4.1 se realiza una descripción de las consideraciones de la Subdirección de Compras y Contratos respecto de los descargos y alegatos frente al presunto incumplimiento N°1, entre tanto el numeral 8.4.2, corresponde al presunto incumplimiento N°2 y el numeral 8.4.3 a las consideraciones respecto del presunto incumplimiento N°3.

En ninguna parte se menciona un informe de supervisión identificado como N°8, y las consideraciones plasmadas en los numerales cuestionados por el apoderado de la empresa aseguradora, precisamente guardan relación directa con las exposiciones formuladas como descargos del contratista y de su garante sobre los tres presuntos incumplimientos.

Solicita el apoderado justificar de manera clara la tasación y la proporcionalidad de la cláusula penal. Sobre este particular, se tiene que, si bien es claro que el recurrente no se encuentra a gusto con la tasación de la cláusula penal, también lo es, que no informa la supuesta forma correcta de llegar a valor distinto al cuantificado por este despacho, por lo que ante ese pasivo escenario de reclamación retomaré las explicaciones dadas en momento previo y que son verificables en el cuerpo de la resolución N°9457 de 09-11-2023.

Retomando el contenido del clausulado de la orden de compra CCE-972-AMP-2019, la cláusula 20, permite que la DIAN en su calidad de "Entidad Compradora" pueda hacer efectiva la cláusula penal por una suma equivalente a de hasta el 10% del valor total de la Orden de Compra que incumplió, es decir \$113.613.281,85.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

"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."³

Valor Orden de Compra N°80276 de 2021	Valor máximo cláusula penal (10% valor Orden de Compra)	8 meses para la ejecución diciembre de 2021 a julio de 2022 -límite octava-
\$1.136.132.818.58	\$113.613.281,85	\$14.201.660

Incumplimiento N°1: Insumos, maquinaria y equipos no entregados:

Período	Cantidad contratada	Cumple		No cumple		8 meses	Cláusula penal		
		Cant.	%	Cant.	%		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

Incumplimiento N°2: Falta de personal

Período	Cantidad contratada	Tope mensual cláusula penal	Apropiación proporcional
Diciembre	65	\$14.201.660	\$4.419.077
Enero	65	\$14.201.660	\$2.657.085
Febrero	65	\$14.201.660	\$749.099
Marzo	65	\$14.201.660	\$63.432

Incumplimiento N°3: No reemplazo de personal

Período	Días en los que debió cumplirse el reemplazo	Cumple		No cumple		8 meses	Cláusula penal		
		Días	%	Días	%		(1 mes/30/65)* días no cumple	% no cumplido	Aplicación proporcional
Enero	9	0	0	9	100	\$113.613.282	\$65.542	100	\$65.546
Febrero	34	5	14,706	29	85,29		\$211.204	85,29	\$180.145
								\$245.691	

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, esto es \$14.201.660:

MES	AÑO	Presunto incumplimiento N°1	Presunto incumplimiento N°2	Presunto incumplimiento N°3	Total	Límite octava parte de la cláusula penal
Diciembre	2021	\$13.123.123	\$4.419.077	\$0	\$17.542.200	\$14.201.660
Enero	2022	\$8.730.529	\$2.657.085	\$65.546	\$11.453.160	\$11.453.160
Febrero	2022	\$74.077	\$1.357.471	\$180.145	\$1.611.693	\$1.611.693
Marzo	2022	\$17.285	\$63.532	\$0	\$80.817	\$80.817
Total						\$27.347.330

³ Cláusula 20 AMC para el suministro del Servicio Integral de Aseo y Cafetería por parte Entidades Compradoras CCE-972-AMP-2019

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

Por lo anterior, en la resolución objeto del recurso, la DIAN si realizó una correcta tasación de la sanción, proporcional al incumplimiento.

Así, el Consejo de Estado ha establecido que el incumplimiento consiste en aquel hecho objetivo en desviación o contrariedad del programa de prestación contenido en el contrato por la conducta culposa o no desplegada por el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones o por un acontecimiento propio o externo a este pero que frustra el interés del acreedor.

Es decir, el incumplimiento del contrato estatal es un hecho contrario a derecho y se configura cuando la conducta de una de las partes del contrato no se ajusta al contenido de la prestación en las condiciones de tiempo, modo y lugar y demás aspectos convenidos, bien porque no se realiza definitivamente la prestación a su cargo, o se hace con retraso o defectuosamente, lo que contraviene el interés y lesiona el derecho de crédito de la otra parte cumplida que se protegen por el orden jurídico. Por tanto, es una conducta antijurídica o actuación, abstención, hecho u omisión en infracción a la ley del contrato (artículo 1602 C.C.) y en vulneración de los principios de la autonomía de la voluntad, de la buena fe (arts. 1603. C.C. 871 C. co.) y de la reciprocidad de las prestaciones (artículos 23, 27, 28 y 32 de la Ley 80 de 1993), y genera en la contratación estatal responsabilidad civil, disciplinaria y penal (artículos 26, 50 y ss. de la Ley 80 de 1993).

Si bien no se encuentra en la ley una definición de incumplimiento contractual, a ella se llega con fundamento en la misma por valoración contraria o negativa de la fuerza obligatoria del contrato (artículo 1602 C.C.), de la ocurrencia y forma del pago de la obligación y de este como medio de extinción del vínculo (artículos 1625, 1626 y 1627 C.C.).

En los artículos 1613 y 1614 C.C. respecto de la indemnización de perjuicios que surgen del deber de reparar (responsabilidad) en caso de lesión del derecho del crédito de una de las partes por violación a la ley del contrato por la otra; se expresa que hay lugar a reconocer el daño emergente y el lucro cesante en los casos de **"no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento"**. Coincide este enfoque con los Principios de Unidroit, cuando en estos se señala que *"el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de algunas de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío"*⁴.

Un contrato estatal válidamente celebrado puede ser incumplido por una de las partes o por ambas cuando no satisfacen las obligaciones que están a su cargo (riesgo de cumplimiento). Desde esta perspectiva, como lo normal es que el deudor cumpla el contrato ejecutando su objeto debido en el tiempo, modo y lugar convenidos y lo anormal es que incumpla, el incumplimiento constituye el riesgo general o la incertidumbre propia de todo contrato, y en caso de que se presente, genera un daño a la parte cumplida, de donde nace el deber de reparar a esta los perjuicios irrogados por el contraventor.

Respecto de la obligación de pagar la cláusula penal el Consejo de Estado ha establecido:

*En efecto, si la multa es una sanción de apremio para que el contratista adecue su conducta al tenor del contrato y satisfaga sin más dilación sus obligaciones, se torna improcedente al terminar el plazo de ejecución del contrato su imposición al contratista incumplido, pues cobra sentido y exigibilidad más bien la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria*⁵.

⁴ Art. 7.1.1, Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, 2004

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 1987, Exp. n.º 4145.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

El artículo 1592 del Código Civil (C.C.) define la cláusula penal como *"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"*. Se trata de una obligación accesoria de la prestación principal del contrato, pero contenida en una cláusula dentro del mismo, por la cual una de las partes, usualmente el contratista, se compromete ante el incumplimiento del objeto contractual a dar una suma o cantidad de dinero, estimada previamente y, por lo regular, equivalente a la indemnización de daños y perjuicios.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 1748 de 2006 y la Sección Tercera en copiosa jurisprudencia⁶, han sostenido que la cláusula penal es un cálculo anticipado de perjuicios que hacen las partes por el incumplimiento del contrato (art. 1600 CC)⁷; **pactada la cláusula penal no es necesario acreditar dichos perjuicios por parte del acreedor, por lo que solo deberá probarse la infracción a las obligaciones contractuales por el deudor** (art. 1599 C.C.⁸), sin perjuicio del derecho a la proporcionalidad en su imposición, según el cual la pena es susceptible de reducción cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor resulta parcial y así lo ha aceptado el acreedor (artículos 1596 C.C. y 867 C. Co.).

Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto del 26 de julio de 2016, Radicación interna 2257 estableció:

*"Por consiguiente, la pena consiste, precisamente, en que de antemano se han fijado por las partes los perjuicios por la inexecución o la ejecución tardía o defectuosa de los deberes contractuales, lo que significa que **ante la violación del contrato se releva al acreedor de la carga de probar la existencia del daño y el monto del resarcimiento del mismo**. En todo caso, su aplicación no se opone a que puedan demandarse ante el juez del contrato los mayores perjuicios que se causen, aun cuando, por regla general, habrá de tenerse en cuenta que no se puede pedir la pena y la indemnización de perjuicios al tiempo, sino excepcionalmente, como ocurre en las hipótesis previstas en el artículo 1594 del Código Civil.*

Finalmente, sobre la prescripción establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio, el apoderado de la aseguradora considera que ha operado dicha prescripción porque han transcurrido más de dos (2) años desde que la DIAN tuvo conocimiento del presunto incumplimiento.

Respecto de la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio la Subdirección de Compras y Contratos ratifica lo indicado en el numeral 5.4 de la resolución objeto de recurso, donde se indicó que 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.

⁶ Ver, entre otras, las sentencias de 7 de octubre de 2009, Exps. n.º 17.936 y 18.496.

⁷ La ley -art. 1592 C.C. transcrito- no señala expresamente que la cláusula penal sea un cálculo anticipado de perjuicios, sino la doctrina y la jurisprudencia con acentuada influencia francesa así lo han entendido con base en el artículo 1600 del C.C., que establece, salvo pacto expreso, la posibilidad de exigir el valor de la pena o la indemnización pero no ambas al tiempo, petición sujeta en todo caso a que no se exceda del doble de la obligación, según el art. 1601 ibídem.

⁸ C.C: "Art. 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

Dentro de las prerrogativas de las entidades estatales está la de declarar mediante acto administrativo motivado el siniestro del riesgo de cumplimiento de las obligaciones, asegurado mediante la póliza de cumplimiento del contrato, con la cual se salvaguarda el interés público y se protege patrimonialmente a la Administración (numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, derogado y sustituido por virtud de la Ley 1150 de 2007 artículos 32 y 7 respectivamente). Es decir, el procedimiento para cobrar las garantías por la Administración es diferente al que deben adelantar los particulares frente a la aseguradora, relacionados con la reclamación del beneficiario y la objeción que puede la compañía formular (artículos 1075 y 1077 C. de Co.) que no aplican para el Estado.

El Consejo de Estado, en varias sentencias afirmó que la Administración cuenta con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4° y 5° del artículo 68 del C.C.A. (ahora numerales 3 y 4, artículo 99, nuevo CPACA), según las cuales las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, prestan mérito ejecutivo, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación⁹.

El artículo 7 –inciso 5- de la Ley 1150 de 2007 estableció expresamente esta facultad al indicar que “...[e]l acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare...”

Como arriba se indicó, el amparo principal que cubre la garantía es el de cumplimiento de las obligaciones y, por tanto, una vez declarado mediante acto administrativo el incumplimiento en los contratos estatales, acaecerá el siniestro y, en consecuencia, la entidad estatal contratante se encontrará habilitada, una vez en firme el acto, para cobrar la garantía a la aseguradora, para cuya efectividad podrá hacer uso del cobro coactivo.

De lo expuesto brevemente, se impone concluir que se está en presencia de un poder de autotutela declarativa de la Administración en materia de contratación estatal que le permite a las entidades estatales por sí y ante sí, mediante acto administrativo, declarar la ocurrencia del siniestro del incumplimiento para hacer efectiva la garantía contractual en los contratos estatales, incluso, en los contratos interadministrativos, y con independencia del régimen de derecho que les resulte aplicable.

Así, teniendo en cuenta que el amparo principal que cubre la garantía es el de cumplimiento de las obligaciones, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto del 26 de julio de 2016, Radicación interna 2257, concluyó;

“... de una parte, una vez declarado el incumplimiento en los contratos interadministrativos, se tendrá como acaecido el siniestro y, por lo mismo, el acto administrativo correspondiente deberá ser notificado al respectivo asegurador, por expresa disposición de los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011;”

En el caso concreto, 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 2022, 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.

La norma aplicable indica lo siguiente:

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 10 de julio de 1997, Exp. n.º 9286; de 3 de mayo del 2001, Exp. n.º 12724; 14 de abril de 2005, Exp. n.º 14.583; 6 de junio de 2007, Exp. n.º 30.565

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

Artículo 1081 del Código de Comercio: "Prescripción de acciones: La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes." ¹⁰Negrilla y subraya fuera de texto.

Tal como se expuso en el acto administrativo objeto de cuestionamiento por la compañía aseguradora, en los numerales 10.2 y siguientes, 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.

Así, en la resolución N°09457 de 09-11-2023 no sólo se declaró el incumplimiento parcial de la Orden de Compra N°80276 por los incumplimientos ocurridos entre el 01 de diciembre de 2021 y el 31 de marzo de 2022, sino que además se ordenó hacer efectiva la cláusula penal (artículos primero y segundo de la parte resolutive) a cargo de ASEAR S.A. ESP, y la constitución del 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 N°3210277-5 expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT. 890.903.407-9, y se ordenó en el artículo cuarto hacer efectiva la garantía constituida.

De conformidad con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, en principio el término que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiera ocasionarlas, **"término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado"**, como se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

Por lo anterior, el Consejo de Estado ¹¹ ha precisado que el término "**resolver**" al que se refiere la norma, comprende la notificación del respectivo acto administrativo, pues mientras el administrado no conozca la determinación de la administración, esta no produce efectos jurídicos.

En similar sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto del 13 de diciembre de 2019, radicado 2424, señala:

"...(i) que resolver los recursos significa no solo decidir el asunto, sino que la decisión debe ser notificada; (ii) que de no ocurrir lo anterior en el plazo legal, se configura la pérdida de competencia y el silencio administrativo positivo; (iii) Para la configuración del silencio administrativo positivo no es menester adelantar el trámite de protocolización del artículo 85 del CPACA, porque este constituye tan solo un medio probatorio para quien pretenda hacer valer sus efectos; y (iv) que el silencio administrativo opera de pleno derecho y no es indispensable su invocación por parte del recurrente"

Así, para que no operara la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio, la DIAN debía expedir y notificar el acto administrativo que declara el incumplimiento de la orden de compra para hacer efectiva la cláusula penal pactada, dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los hechos de incumplimiento.

Por lo anterior, a la fecha de expedición y notificación de la Resolución N°9457 de 09-11-2023, no había prescrito la acción derivada del contrato de seguro regulada en multicitado artículo 1081, porque la resolución recurrida se expidió el 09-11-2023 y se notificó en audiencia en la misma fecha y porque entre el 01-12-2021 (fecha de inicio del incumplimiento) y el 09-11-2023 (fecha de notificación de la resolución recurrida), solo habían transcurrido veintitrés (23) meses y ocho (8) días, por lo tanto, la reclamación ocurrió antes de la prescripción de dos (2) años establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Con fundamento en lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la Resolución N°09457 del 09 de noviembre de 2023, por medio de la cual se resuelve proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a **ASEAR S.A. ESP, NIT 811.044.253-8** por la UAE-DIAN al amparo del Acuerdo Marco de Precios CCE-972-AMP-2019.

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

- **ASEAR S.A. ESP, NIT 811.044.253-8**, representada mediante apoderada, Dra. **VALENTINA ALI PINO**, identificada con cédula de ciudadanía N°1.007.252.602, y tarjeta profesional N°418.503 del C.S. de la J.
- **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NIT 890.903.407-9**, representada mediante apoderado, **SEBASTIÁN FELIPE SÁNCHEZ ZAPATA**, identificado con la cédula de ciudadanía N°1017156331, tarjeta profesional 205.594 del C.S. de la J.

PARÁGRAFO. Contra la presente resolución no procede recurso alguno en sede administrativa.

¹¹ Ver Exp: 19515 de septiembre 12 de 2013, 17142 de octubre 21 de 2010 y 15532 de abril 12 de 2007.

Continuación de la Resolución "Por medio de la cual se resuelven recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N°009457 del 09 de noviembre de 2023, dentro del proceso administrativo sancionatorio contractual por presunto incumplimiento de la Orden de Compra N°80276 de 2021 colocada a ASEAR S.A. E.S.P., NIT 811.044.253-8 por la UAE-DIAN al amparo del AMP CCE-972-2019"

ARTÍCULO TERCERO: PUBLICAR la presente resolución en la Tienda Virtual del Estado Colombiano dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, en cumplimiento del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días del mes de abril.

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

Proyectó: Yudy Milena serna Villa, Inspector IV, Subdirección de Compras y Contratos