



**AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA
COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

RESOLUCIÓN NÚMERO 0043 DE 2020

“Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016”

**EL SUBDIRECTOR DE NEGOCIOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA-
COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le confieren la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el Decreto Ley 4170 de 2011, en ejercicio de la delegación contenida en la Resolución 1839 de 2019, expedida por el Director General de Colombia Compra Eficiente y,

Considerando

Antecedentes de la presente actuación

1.1. Antecedentes asociados a las órdenes de compra

- 1.1.1. Que el 25 de octubre de 2016, Colombia Compra Eficiente y los Proveedores suscribieron el Acuerdo Marco de Precio N° CCE-441-1-AMP-2016 cuyo objeto es establecer: (a) las condiciones en las cuales los Proveedores prestan el Servicio de Distribución; (b) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco; y (c) las condiciones para el pago para el Servicio de Distribución por parte de las Entidades Compradoras.
- 1.1.2. Que el 22 de octubre de 2018, Colombia Compra Eficiente suscribió la prórroga por un año del Acuerdo Marco con los proveedores (i) Servientrega S.A., (ii) Servicios Postales Nacionales S.A., (iii) Surenvios S.A.S., (iv) Urbano Express Logística y Mercadeo S.A.S., (v) Portes de Colombia S.A.S., (vi) Elite Logística y Rendimiento S.A.S., (vii) Envía Colvanes S.A.S.; y (viii) RGQ Logistics Group International S.A.S.
- 1.1.3. Que el 25 de octubre de 2019, se suscribió la prórroga el Acuerdo Marco de Precios CCE-441-1-AMP- 2016 con los siguientes proveedores (i) Servientrega S.A., (ii) Servicios Postales Nacionales S.A., (iii) Surenvios S.A.S., (iv) Urbano Express Logística y Mercadeo S.A.S., (v) Portes de Colombia S.A.S., (vi) Elite Logística y Rendimiento S.A.S., (vii) Envía Colvanes S.A.S.; y (viii) RGQ Logistics Group International S.A.S., por el término de cuatro (4) meses y veintitrés (23) días más, es decir, hasta el 20 de marzo de 2020.
- 1.1.4. De conformidad con lo establecido en la cláusula 17 del Acuerdo Marco, el Proveedor constituyó como garantía de cumplimiento a favor de Colombia Compra Eficiente, la póliza No. GU067721 expedida por Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.
- 1.1.5. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN (en adelante “Entidad Compradora”), bajo la obligación que le asiste de adquirir los Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes al amparo del Acuerdo Marco, colocó las órdenes de compra 34348 y 34347. De acuerdo con la transacción realizada entre la Entidad Compradora y el Proveedor, los datos de las órdenes de compra corresponden a los siguientes:

| | | | | | |
|-----------------|-----------------------------|-------|---------------------|------------|------------|
| Unidad Especial | Administrativa Dirección de | 34348 | \$ 4.843.181.117,95 | 12/12/2018 | 16/10/2020 |
|-----------------|-----------------------------|-------|---------------------|------------|------------|

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003;2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

| | | | | |
|---|-------|-------------------|------------|------------|
| Impuestos y Aduanas Nacionales UAE DIAN | 34347 | \$ 190.018.296,25 | 12/12/2018 | 16/10/2020 |
|---|-------|-------------------|------------|------------|

- 1.1.6. Mediante Formato-Relación de Hechos Reporte de Posible Incumplimiento del 11 de febrero de 2019 la Entidad Compradora puso en conocimiento de Colombia Compra Eficiente de las inconsistencias presentadas por parte del Proveedor en la ejecución de la orden de compra 34348 del Servicio de Mensajería Expresa Nacional, de acuerdo con las condiciones establecidas en Acuerdo Marco de Precios CCE-441-1-AMP-2016 y sus respectivos anexos.
- 1.1.7. Mediante correos electrónicos y mesas de trabajo realizadas entre la Entidad Compradora y el Proveedor se llegaron a acuerdos sobre la prestación del servicio sin que se evidenciara mejora para dar lugar al archivo del reporte de posible incumplimiento.
- 1.1.8. Con el seguimiento de Colombia Compra Eficiente, la Entidad Compradora consolidó un documento final, con la relación de los números de guía de los envíos postales, los cuales tuvieron retrasos en la digitalización y publicación en la herramienta aportada por el proveedor, evidenciando así 55.815 pruebas de entrega que no cumplieron con el tiempo de digitalización establecido y 16.203 que no cumplen con el tiempo de entrega y devolución, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo Marco de Precios
- 1.1.9. En reunión de fecha 18 de julio de 2019, adelantada en Colombia Compra Eficiente, la Entidad Compradora presentó informe de supervisión de la orden de compra 34348, respecto de los posibles incumplimientos en la ejecución de la misma
- 1.1.10. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, reportó como posible incumplimiento por parte del Proveedor, las obligaciones establecidas en la cláusula once (11) numerales 11.12 y 11.22, toda vez que no realizó correctamente ni en los términos previstos en el Acuerdo Marco la entrega de la información entregada por la Entidad Compradora

Tabla No 2. Posibles incumplimientos

| | Cumplir con los tiempos máximos de distribución, según la zona de operación y el Segmento de Prestación del Servicio de Distribución. | NA | De acuerdo con la Tabla 2. Numeral 11.12 del AMP | NA | NA | La pactada en el numeral 11.12 |
|-------|---|----|---|----|----|--------------------------------|
| 34348 | Clausula 11 Obligaciones de los Proveedores Numeral 11.22 El Proveedor del Segmento 1 y el Segmento 2 debe tener disponible para consulta en la página web o por medios electrónicos adaptados por el Proveedor, la prueba de entrega de la información exigida en el artículo 8 de la Resolución CRC 3095 de 2011 y dentro de los siguientes plazos: | NA | (i) un (1) día hábil después de la entrega para la zona urbana y zona departamental;(ii) dos (2) días hábiles después de la entrega para la zona nacional (iii) cuatro (4) días hábiles después de la entrega para zonas de difícil acceso; y (iv) cuatro (4) días hábiles después de la entrega para entregas internacionales. | NA | NA | La pactada en el numeral 11.22 |
| 34347 | Para el Segmento 2 los tiempos máximos de distribución están descritos en el Anexo 3 de pliego de condiciones. El Proveedor puede exceder los tiempos de entrega establecidos en la Tabla 2 o el Anexo 3 únicamente en eventos en los que esta situación sea acordada con la Entidad Compradora. El tiempo de entrega empieza a correr a partir de la fecha acordada con la Entidad | NA | De acuerdo con el anexo 3 del pliego de condiciones | NA | NA | La pactada en el numeral 11.12 |

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

Compradora para la recolección de los Bienes. El tiempo de entrega finaliza al momento de la recepción del Bien en el punto de destino definido por la Entidad Compradora.
El Proveedor del Servicio de Distribución debe dejar constancia en los casos en que la entrega no sea posible, situación en la que no aplicarán los descuentos contemplados por demora.

1.1.11. El proveedor Servicios Postales Nacionales S.A., en las diferentes mesas de trabajo realizadas, y relacionadas, se comprometió a cumplir con todas las condiciones del Acuerdo Marco de Precios CCE-441-1-AMP-2016 y sus anexos, así:

- Entregar los productos del segmento 1 en los plazos establecidos en la tabla 2 del numeral 11.12.
- Tener disponible la totalidad de las pruebas de entrega en la página web o por medios electrónicos adaptados por el proveedor en los tiempos establecidos en el numeral 11.22.
- En cuanto al segmento 2, cumplir con la entrega en los tiempos máximos de distribución descritos en el Anexo 3 del pliego de condiciones.
- Mediante plan de mejoramiento, radicado en la DIAN con el número 000E2019016625 del 17 de mayo de 2019, suscrito por la doctora Patricia Rico Villegas, Jefe Nacional de Mercadeo Corporativo de Servicios Postales Nacionales, el proveedor se comprometió a cumplir y avanzar en los siguientes aspectos: (i) Calidad de la información; (ii) cierres de temas pendientes; (iii) tiempos de entrega y causales de devolución. A la fecha, no existen evidencias de mejora, afectando la prestación del servicio frente a las obligaciones contractuales establecidas en los numerales 11.12 y 11.22 del AMP, y materializándose así los riesgos 7 y 10 de la matriz establecida en el pliego de condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para el Servicio de Distribución numeral XI Riesgos páginas 21 y 22
 - Los casos más relevantes a nivel nacional por la entrega extemporánea para este numeral son:

Dirección Seccional de Impuestos Grandes Contribuyentes:

- Envío PC005380708CO salió de la seccional el día 26 de diciembre de 2018, con destino a Tocancipá – Cundinamarca. El tiempo máximo establecido en el AMP para la entrega es de 72 horas para Zona Nacional. El acto fue notificado al contribuyente el día 25 de enero de 2019, con extemporaneidad de 13 días de incumplimiento por parte de Servicios Postales Nacionales. Esta solicitud corresponde a una devolución de \$1.054.703.000,00 a favor del Contribuyente, pero se resolvió con resolución de rechazo. Por configurarse una entrega extemporánea, se puede generar intereses sobre el valor informado anteriormente.
- Envío PC005630873CO salió de la seccional el día 11 de enero de 2019, con destino a Bogotá D.C., Tiempo máximo establecido en el AMP para la entrega es de 24 horas para Zona Urbana. El acto fue notificado al contribuyente el día 19 de enero de 2019 con extemporaneidad de 3 días de incumplimiento por parte de Servicios Postales Nacionales. Adicionalmente su entrega se realizó un día no hábil, no siendo esto concordante con lo establecido en el contrato. Esta solicitud corresponde a una devolución de \$ 765.476.726,00 a favor del Contribuyente. Por configurarse una entrega extemporánea, se puede generar intereses sobre el valor informado anteriormente.
- Envío PC006035161CO salió de la seccional el día 29 de enero de 2019, con destino a Zipaquirá– Cundinamarca. Tiempo máximo establecido en el AMP para la entrega es de 72 horas para Zona Nacional. El acto fue notificado al contribuyente el día 14 de febrero de 2019, con extemporaneidad de 6 días de incumplimiento por parte de Servicios Postales Nacionales. Esta solicitud corresponde a una devolución de \$ 298.318.000,00 a favor del Contribuyente, configurándose así una entrega extemporánea.

Tabla No 3. Cuantías sobre las notificaciones extemporáneas presentadas en transcurso del año 2019

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

| Razón Social | Fecha Planilla Remisión | Fecha Planilla de Correspondencia | Fecha de Notificación | Tiempo de Entrega AMP | Días Hábiles de Entrega por parte de SPN | Tiempo de Entrega Extemporáneo | Cuantía |
|---|-------------------------|-----------------------------------|-----------------------|-----------------------|--|--------------------------------|------------------|
| Athletic Sport Incsas /Representante Legal Galindo Díaz Juan Carlos) | 26/12/2018 | 26/12/2018 | 25/01/2019 | 7 | 20 | 13 | 1.054.703.000,00 |
| Atp Ingeniería Sas En Reorganización (Representante Legal Perez Morales Efrain) | 11/01/2019 | 11/01/2019 | 19/01/2019 | 3 | 6 | 3 | 765.476.726,00 |
| Productos Lacteos El Recreosa (Representante Legal Piñeros Rojas Hector Julio) | 29/01/2019 | 29/01/2019 | 14/02/2019 | 7 | 12 | 5 | 298.318.000,00 |

1. Desarrollo de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

2.1. Que el día 6 de septiembre de 2019 Colombia Compra Eficiente remitió al contratista y al garante a los siguientes correos electrónicos: : Correo.comercial@4-72.com.co; mrodriguez@confianza.com.co; pforero@confianza.com.co; oficio mediante el cual se realizó la citación a la audiencia ACS- SNEG - 003- 2019 la cual se llevaría a cabo el día 13 de septiembre de 2019 a las 9:30 a.m.

2.2. Que el día Que el día 9 de septiembre de 2019 Colombia Compra Eficiente remitió a la entidad compradora a los siguientes correos electrónicos: : mtobonj@dian.gov.co; mhernandezm@dian.gov.co; hamayaa@dian.gov.co; lcruzl@dian.gov.co; lserranor@dian.gov.co; malbarracinm@dian.gov.co oficio mediante el cual se realizó la citación a la audiencia ACS- SNEG - 003- 2019 la cual se llevaría a cabo el día 13 de septiembre de 2019 a las 9:30 a.m.

2.3. El 13 de septiembre de 2019, el Subdirector de Negocios de Colombia Compra Eficiente en ejercicio de las facultades y funciones delegadas por el Director General, instaló la audiencia, dio lectura a los hechos y el objeto del presunto incumplimiento, puso en conocimiento las normas y cláusulas posiblemente violadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En el desarrollo de la diligencia, se dejó constancia de la comparecencia por parte del Proveedor, Luis Humberto Jiménez – Representante Legal y Clara Isabel Vega, Representante Legal Suplente, tal como consta en su respectivo el certificado de existencia y representación, adicionalmente asistieron; Cristina Vargas Asesora de Presidencia de 472, Miller Rojas y Patricia Rico del Área Comercial de 472. Por parte de la compañía aseguradora, la apoderada Paola Vanegas, según poder de representación que allega a la diligencia, a quien se le reconoció personería jurídica en audiencia. Igualmente comparecieron Hernán Amaya y Martha Helena Tobón (Supervisores de las órdenes de compra) y María Fernanda Albarracín, María Isabel Hernández y Leidy Viviana Díaz por parte de la Entidad Compradora (DIAN). Con la participación de las partes antes anotadas, se procedió con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En ese orden, el Subdirector de Negocios, indicó que el propósito de la audiencia se circunscribe a verificar la existencia de los posibles incumplimientos del Proveedor, de conformidad con lo pactado en el Acuerdo Marco de Precios, en especial en las cláusulas 11.12 y 11.22, puesto que presuntamente (i) ha incumplido con los tiempos de entrega establecidos en el Acuerdo Marco de Servicios de Distribución para mensajería expresa nacional y (ii) ha incumplido con el cargue oportuno de la información de guías de entrega en la plataforma web dispuesta por el proveedor.

En desarrollo de la audiencia, el contratista presentó sus descargos dando lectura de 33 folios, que radicó en audiencia y que se incorporaron al expediente y del cual se dio traslado a la entidad compradora.

Así mismo se concedió la palabra a la apoderada del garante, quien intervino en los siguientes términos:

"Manifiesta que coadyuva los argumentos expuestos por 472 y manifiesta:

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

Aclara la cobertura de la póliza expedida por Seguros Confianza, precisa que la obligación corresponde a prestar un servicio básico de mensajería y no un servicio especializado. Por el volumen de la cantidad de envíos, se constituye un margen de tolerancia y se castiga con unos ANS que las partes acordaron previamente. Los hechos que dieron lugar al presente procedimiento, ya se superaron, por lo que se solicita el archivo del mismo.

Los servicios que se prestaron fuera del tiempo, ya se encuentran cerrados, por lo que no ha lugar a la imposición de la multa, cuya finalidad es conminatoria.

No habría lugar a la afectación de la póliza, Seguros Confianza no aprueba la afectación de la póliza expedida en favor de Servicios Postales Nacionales

Solicita la terminación y archivo del proceso adelantado y la no afectación de la póliza descrita teniendo en cuenta el literal b del artículo 86 de la ley 1474".

Dentro de la actuación administrativa se concedió la palabra a la DIAN como Entidad Compradora, para que se pronunciara sobre el planteamiento del contratista, el cual manifestó:

"Se reitera que cuando se cumple, aunque sea extemporáneo, no se está cumpliendo. El retraso en las pruebas de entrega es fundamental porque tienen un procedimiento de notificaciones que se debe seguir al pie de la letra. Cuando 472 no informa cuando no se pueden realizar entregas o se pierden los envíos, afecta la misionalidad de la DIAN.

Afirmar que los ANS son suficientes para superar los hechos del presunto incumplimiento, no basta para que la DIAN no pueda implicar un incumplimiento.

Hay casos innumerables, se precisaron los más representativos y los que más perjuicio causaron, pero esto no implica que sean solamente los 3 mencionados. Si se solucionaron aspectos, se solucionaron fuera de término. El contrato no ha mejorado porque no hay mejoría en la calidad ni en los tiempos de entrega.

Si se ha avanzado, pero no se han superado al 100%, de casi 33000 casos expuestos de los que también conoce 472 sigue habiendo muchos incumplimientos. No se desconoce que la nueva administración de 472 ha trabajado por la mejora. Aclaremos que no le estamos pidiendo al contratista que nos presten un servicio especializado, es claro que el envío es de documentos uniformes, peor el AMP habla de unos tiempos que se deben cumplir y que el proveedor no ha cumplido desde el mes de diciembre que se suscribió la OC.

Cuando se suscribe un contrato, se debe cumplir con lo allí pactado. A julio 31 teníamos 33.000 casos pendientes y no se han superado en su totalidad (A la fecha faltan 209 casos)

Se ha requerido al contratista múltiples veces, se ha buscado que ellos cumplan antes de sentarnos en una audiencia de estas, se supera un mes y al siguiente mes, ya se tienen más casos, como para la DIAN es tan riesgoso que el procedimiento de notificación se incumpla, y se de cumplimiento a los tiempos del AMP.

A la fecha se han descontado \$19.999.000. El contratista está mezclando unos envíos con otros.

Los ANS no eximen al contratista del cumplimiento de las obligaciones, ni para adelantar las acciones por presunto incumplimiento.

El incumplimiento persiste mes a mes, se superan unos hechos, pero se generan otros nuevos.

Los contratos deben cumplirse dentro del tiempo, no hay opción de que se efectúen cumplimientos tardíos.

No está de acuerdo con que cese el proceso."

"El impacto negativo que ha tenido la no entrega de las hamacas es que las mismas no pudieron ser incorporadas a las necesidades del Ejército Nacional. Aquí se está hablando de un incumplimiento de más de 7 meses.

El contratista debe presentar por escrito al comité de adquisiciones y al supervisor la propuesta planteada y allí se verificará si la misma es viable y ayuda a mitigar los daños que le han causado al ejército.

El ejército informa que, al día siguiente de la radicación por parte del contratista, se tendrá respuesta del comité de adquisiciones".

2.4. Una vez fueron escuchados los respectivos descargos, el Subdirector de Negocios procedió a suspender la Audiencia y citó para el 18 de septiembre a las 10:30 AM., dicha decisión fue notificada en estrados.

2.5. El 18 de septiembre a las 10:30 AM, el Subdirector de Negocios procedió a instalar la audiencia, y con observancia de los principios y normas que reglamentan el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en concordancia con el artículo 48 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, procedió a efectuar el pronunciamiento correspondiente dentro de la actuación administrativa No ACS-SNEG-003-2019. Atendiendo a lo preceptuado en el Literal d del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que al tenor de la letra señala:

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

"(...) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia".

El Subdirector de Negocios procede a dar lectura al Auto que decreta pruebas dentro de la actuación administrativa.

Se da traslado del auto a todos los intervinientes y se informa que de los documentos que sean aportados se dará traslado a cada uno de los asistentes por medio electrónico. Se suspendió la Diligencia y se indicó que una vez se dé cumplimiento a lo decretado en el auto de pruebas y se allegue la información correspondiente Colombia Compra Eficiente procederá a fijar nueva fecha y hora y notificará a los correos electrónicos de la misma.

2.6. Que la Entidad Compradora allegó a través de correo electrónico de fecha 2 de octubre de 2019, la documentación solicitada como prueba mediante auto de 18 de septiembre de 2019, a través de oficio de 50 folios suscrito por los supervisores de las órdenes de compra.

2.7. Una vez allegada la documentación decretada como prueba mediante auto de 18 de septiembre de 2019, se dio traslado de la misma al proveedor mediante oficio de fecha 17 de octubre de 2019.

2.8. Se cita a través de correo electrónico para reanudar la audiencia el 28 de octubre a las 4:00 PM. El Subdirector de Negocios instaló la audiencia y le concedió la palabra al contratista para que se pronunciara sobre las pruebas que fueron trasladadas mediante oficio de fecha 17 de octubre de 2019, y que fue remitido igualmente por medios electrónicos a los correos reportados por Servicios Postales Nacionales – 472, quien manifestó lo siguiente:

"Que en la primera audiencia, 472 dio traslado de todos los documentos que reposan en el expediente. Dice que hay 16.203 envíos relacionados en la (Solicitud inicial) y falta que la entidad compradora remita el soporte de los 55000 envíos que corresponden a los documentos del proceso (presunta demora en la digitalización de la prueba de entrega)

Se reitera que la compañía ha hecho lo posible por cumplir

Se debe tener en cuenta el principio de congruencia para adelantar las actuaciones administrativas. No es posible que se impute un incumplimiento sin la totalidad de las pruebas, por lo que precisa:

- 1. Una de las pruebas no se aportó (El archivo de entregas digitalizadas que relaciona el cliente como posiblemente incumplidas referidas a 55.000 guías) Anexo 31*
- 2. Se relacionan nuevas pruebas distintas a las aportadas en la reclamación inicial*
- 3. Se relacionan nuevos hechos con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionatorio*
- 4. Que no se tengan en cuenta esas nuevas situaciones de facto o de posible incumplimiento, o si hay otros incumplimientos de los cuales no se ha dado traslado"*

El Subdirector de Negocios solicitó la verificación del envío del Anexo 31 al que se refiere el contratista y que el formato digital enviado sea legible. Una vez verificado, manifiesta que en efecto se corroboró que el archivo se averió en el traslado de la información, por lo que probablemente ese Anexo 31, no haya sido remitido al contratista, como éste lo manifiesta.

Se deja constancia que, no obstante, el error en el envío del documento (Anexo 31), se entiende precluida la etapa para pronunciarse respecto de las demás consideraciones y pruebas.

Se ordenó a la DIAN deberá allegar a Colombia Compra Eficiente el anexo 31 y se dará traslado inmediato a 472 para citar nuevamente para audiencia final.

2.9. Mediante documento de fecha 30 de octubre, de conformidad con lo evidenciado en la audiencia realizada el 28 de octubre y en atención a lo ordenado en la misma respecto del Anexo 31 de la citación, el Subdirector de Negocios dio traslado de la documentación allegada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en medio magnético (CD) y en 2 carpetas contentivas de 411 folios, para que en su calidad de proveedor ejerza el derecho de contradicción exclusivamente sobre el particular. Se concedió al contratista un término máximo hasta el 6 de diciembre para pronunciarse sobre el documento trasladado.

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

2.10. Mediante correo electrónico se notificó a las partes que la audiencia se reanudaría el 23 de diciembre a las 9:00 AM.

2.11. Instalada la audiencia el 23 de diciembre, Servicios Postales Nacionales – 472 radicó en la misma Escrito de incidente de nulidad y solicitud de revocatoria de la Actuación administrativa contractual sancionatoria -ACS-SNEG-003-2019, por falta de competencia material y por mala tipificación del procedimiento. En atención al incidente de nulidad y frente a la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el particular, se suspendió la audiencia y se programó para el 13 de enero de 2020 a las 4 PM.

2.12. Que por el dinamismo y organización administrativa de la Subdirección de negocios, la audiencia programada para el 13 de enero de 2020, fue aplazada y se fijó como fecha de reanudación el 13 de febrero de 2020 a las 10:00 AM.

3. El presunto incumplimiento de que trata la presente actuación administrativa

Con esta claridad, se resuelve sobre la declaración o no del incumplimiento de las obligaciones afectadas en todos los puntos reseñados y la procedencia o no de la imposición de la multa, tal como se advirtió en la respectiva citación, según sea procedente.

3.1. Sobre las pruebas decretadas y practicadas en la actuación

Precisado cuál es el presunto incumplimiento del Proveedor, resulta del caso señalar los medios de prueba con los que se adopta la presente decisión son: (i) las documentales que acompañan la citación; (ii) las testimoniales que fueron aportadas en el curso de la audiencia que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por cada uno de los intervinientes; (iii) los informes de supervisión de la orden de compra por parte del Supervisor que obran en el expediente; (iv) los documentos allegados de conformidad con lo ordenado en el auto de 18 de septiembre de 2019, (v) las notificaciones electrónicas allegadas a Colombia Compra Eficiente por parte del contratista y de la Entidad Compradora.

4. Consideraciones de Colombia Compra Eficiente

Para resolver el objeto de la presente actuación, como primera medida es necesario revisar la competencia con la que cuenta la Entidad para adelantar y expedir el respectivo acto administrativo que ponga fin al proceso. Del mismo modo, se requiere revisar los aspectos centrales de la naturaleza del Acuerdo Marco de Precios y la naturaleza de la multa, para luego indagar sobre cada uno de los posibles incumplimientos, valorando los descargos e intervenciones de los interesados, para luego adoptar la decisión que corresponda.

En ese sentido, el problema a resolver se contrae a determinar la respuesta al siguiente problema jurídico: ¿Existen elementos de juicio suficientes que permitan tener como demostrado el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales establecidas en las cláusulas 11.12, y 11.22 del Acuerdo Marco de Precios, que consisten en la entrega tardía de la documentación entregada por la entidad compradora y el no cargue, o cargue extemporáneo de las guías de entrega para consulta en la página web, incumpliendo así con los plazos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios y afectando la misionalidad de la entidad compradora?

4.1. Respetto de la operación y ejecución de los Acuerdos Marco de Precios

Se ha visto que las Entidades del Estado como extremos contratantes dentro del negocio jurídico público, tienen la facultad de declarar el incumplimiento del contrato imputable al contratista. Tal prerrogativa encuentra asidero en la protección de principios constitucionales y legales que envuelven la relación contractual, entre los cuales se destaca la prevalencia del interés general. Esta situación contrasta con el régimen jurídico que regula los contratos privados puesto que, bajo el protagonismo del principio de igualdad de las partes, no es aceptable, *prima facie*, que una de las partes goce de las prerrogativas que, en virtud del régimen jurídico de la contratación pública y su teleología, adquiere la Administración.

Ahora bien, Servicios Postales Nacionales S.A., es una sociedad pública, vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, creada bajo la forma de sociedad anónima. La sociedad tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal. Su organización, funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros es el previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado conforme a lo establecido en el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las cuales de acuerdo con los artículos 85, 86, y 93 de la Ley 489 de 1998, desarrollan sus actividades conforme a las reglas de derecho privado con las excepciones que consagre específicamente la ley.

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

En este sentido, las particularidades de la relación contractual derivada de los Acuerdos Marco de Precios y de las ordenes de compra, entre 472 y Colombia Compra Eficiente y entre 472 y las entidades compradoras respectivamente, se genera una relación contractualmente distinta, pero enmarcada en los postulados generales dispuestos por la Ley 80 de 1993.

Respecto de lo anterior, es pertinente entonces precisar la naturaleza jurídica de los Acuerdos Marco de Precios y la calidad de proveedor en que actúa Servicios Postales Nacionales – 472 dentro del mismo. Sobre el particular, El artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 introdujo en el Sistema de Compra Pública de Colombia dos conceptos novedosos: (i) los Acuerdos Marco de Precios y (ii) la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de instrumentos de compra por catálogos derivados de la celebración de los Acuerdos Marco de Precios. En la misma disposición el legislador también estableció que para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, éstas deben hacer uso de procedimientos: (i) de subasta inversa, (ii) de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de Acuerdos Marco de Precios o (iii) de procedimientos de adquisición en bolsas de productos.

En consonancia, el mismo artículo señaló que a través de los Acuerdos Marco de Precios se fijan las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las Entidades Estatales durante un tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía, establecidas en el acuerdo.

Al acoger un criterio legal para la identificación del contrato público¹ por cuenta de la delimitación ofrecida por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993², vale señalar que el Acuerdo Marco de Precios es, en efecto, un contrato estatal ya que surge como un acto jurídico³ en el que converge la voluntad de la Administración, representada en Colombia Compra Eficiente, como ya se dijo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 3º Decreto-Ley 4170 de 2011. En virtud de este negocio, "se pactan la forma, plazo y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las Entidades Estatales; estipulaciones estas que tendrán vigencia durante un periodo fijado"⁴.

Conforme con ello, Colombia Compra Eficiente hace las veces de Entidad Contratante dentro del contrato estatal de Acuerdo Marco de Precios, y, por ende, **debe elaborar los pliegos de condiciones, estudios previos, aviso de convocatoria, acto de apertura y demás documentos previos** en los que se establezcan, entre otras cosas, las condiciones del contrato a celebrar. Para ello, debe observar los parámetros y requisitos establecidos en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2.2.1.1.2.1.1 a 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015, para la elaboración de los Documentos del Proceso y, además, cabe reiterarlo, debe fijar las condiciones para la suscripción del Acuerdo Marco de Precios por las Entidades Compradoras y la forma de colocación de las Órdenes de Compra. Ha de resaltarse que este último requisito hace parte del objeto mismo del Acuerdo Marco como contrato. El contexto jurídico descrito ya fue tratado por el Consejo de Estado, al indicar que:

"[E]n virtud de los deberes de "diseño" y "organización" que corresponden a Colombia Compra Eficiente respecto de los Acuerdos Marco, resulta apenas lógico que los términos y condiciones sean aquellos que sean establecidos en el contenido de tales negocios jurídicos, pues a partir de las atribuciones legales encomendadas a esa Entidad y la estructuración, planeación y necesidad a satisfacer en cada caso lo que determinará el modo de proceder por cada entidad estatal para poder operativizar las órdenes de compra que ponga en marcha tales Acuerdos Marco (...).

(...) Corresponde [lo descrito], entonces, a un terreno contractual propiamente dicho"⁵.

Debe señalarse, de otra parte, que la ejecución de los Acuerdos Marco de Precios se enmarca en la materialización de dos tipos de transacciones: una operación principal y una operación secundaria. En la primera etapa, Colombia Compra Eficiente celebra con los proveedores,

"un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes y/o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo

¹ Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis. Bogotá. 2015, pág. 542.

² Ley 80 de 1993 - Artículo 32. "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto"

³ Código de Comercio. Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

⁴ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de agosto de 2017, Rad. 56166, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵ Ibidem.

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

*en su aptitud para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo*⁶.

Así pues, la operación principal corresponde a la planeación, trámite y celebración del Acuerdo Marco de Precios, a través del diseño y dirección del Proceso de Contratación, en el cual Colombia Compra Eficiente desarrolla todo lo que por disposición legal le fue asignado en la Ley 1150 de 2007. Por tanto, la operación principal cuenta entre otras, con las siguientes características importantes y determinantes para entender el objeto de un Acuerdo Marco de Precios: (i) la no ejecución de recursos públicos con la firma del Acuerdo Marco de Precios; y (ii) la inexistencia de afectación presupuestal, para la suscripción del Acuerdo Marco de Precios.

Ya la operación secundaria, que es posterior a la suscripción del contrato, "consiste en la concreción, en cada caso en particular, de órdenes de compra de bienes y/o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al Acuerdo Marco según sus necesidades a satisfacer, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas"⁷ entre Colombia Compra Eficiente y los Proveedores, lo cual se efectiviza con la colocación de la Orden de Compra. En este sentido, en la operación secundaria las Entidades Compradoras al identificar sus necesidades, deben o pueden⁸ verificar si los bienes y servicios requeridos están en el Catálogo derivado del Acuerdo Marco, para que a través de una Orden de Compra los adquieran en las condiciones fijadas en el mencionado instrumento. Por consiguiente, es en esta operación en la que mediante la Orden de Compra, la Entidad Estatal y un Proveedor del Acuerdo Marco – Proveedor que fue escogido en la operación principal por Colombia Compra Eficiente-, celebran un contrato, con el que la Entidad Estatal desarrolla su gestión contractual conforme con las disposiciones constitucionales y legales⁹.

Por cuenta de la operación contractual descrita se tienen dos contratos. De un lado, el Acuerdo Marco de Precios cuyo objeto es fijar condiciones para que unas Entidades Compradoras adquieran ciertos bienes y servicios; y, de otra parte, las Órdenes de Compra que son colocadas al amparo del Acuerdo Marco de Precios que surgen como contratos estatales de compraventa o prestación de servicios pactados entre las Entidades Compradoras y un determinado Proveedor.

Así, entonces, en el Acuerdo Marco se evidencian tres sujetos relevantes que se interrelacionan durante su ejecución. De una parte, Colombia Compra Eficiente, quien, en calidad de Entidad Contratante, celebra, diseña y organiza el Acuerdo Marco de Precios. De otra parte, los Proveedores que suscriben el Acuerdo Marco de Precios, quienes deben cumplir con las obligaciones previstas en el mencionado contrato, dentro de las cuales se entienden incorporadas el cumplimiento de las Órdenes de Compra colocadas a su amparo. Finalmente, están las Entidades Compradoras, quienes una vez detectada una necesidad y luego de establecer que esta puede ser satisfecha a través del catálogo ofrecido por el Acuerdo Marco de Precios, escogen a uno de los Proveedores a fin de colocar la Orden de Compra a su favor, para que de esta manera sea adquirido el bien o servicio requerido, siguiendo para ello el procedimiento establecido en la Ley, el reglamento y el mismo Acuerdo Marco de Precios.

De acuerdo con lo anterior, los Proveedores deben cumplir, naturalmente, las obligaciones del Acuerdo Marco de Precios, lo cual trae consigo, por lógica, cumplir con las obligaciones que se desprenden de la ejecución de las Órdenes de Compra. De esta manera, si el Proveedor no cumple con las obligaciones propias de las Órdenes de Compra, está a su vez incumpliendo las obligaciones del Acuerdo Marco de Precios. Esta hipótesis activa, entonces, la posibilidad de que Colombia Compra Eficiente, como Entidad Contratante del Acuerdo Marco de Precios, pueda declarar los incumplimientos e imponer las sanciones previstas en el contrato, de acuerdo con lo señalado en el ordenamiento jurídico.

4.1.1. De la naturaleza jurídica de Servicios Postales Nacionales – 472 en calidad de Proveedor de un Acuerdo Marco de Precios

Ahora bien, en relación con lo mencionado y en atención a decidir de fondo el incidente de nulidad presentado por el Proveedor 472, es pertinente precisar que Servicios Postales Nacionales es una sociedad pública vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cuyo régimen jurídico es el previsto para las empresas industriales y comerciales del estado. En ese sentido, es claro que las prerrogativas y privilegios a los que se refiere 472, respecto de la imposibilidad de imposición de multas y sanciones por parte de la entidad contratante para este caso Colombia Compra Eficiente, no tienen cabida, pues se presenta en un escenario eminentemente competitivo con empresas privadas y que derivaría en una vulneración de los principios rectores del régimen de contratación estatal. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 87 de la Ley 489 de 1998, a saber:

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Dependiendo si están o no obligadas al uso de los Acuerdos Marco de Precios.

⁹ En este sentido, el parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 preceptúa que "entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor se formará un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo".

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

"ARTICULO 87. PRIVILEGIOS Y PRERROGATIVAS. Las empresas industriales y comerciales del Estado como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso.

No obstante, las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas". (Subrayado fuera de texto)

La norma ha establecido tal diferenciación respecto de la naturaleza jurídica de estas empresas, toda vez que por su objeto social es natural que compitan en el sector privado para la prestación de los servicios, tan es así que, la Ley 1474 de 2011 en el artículo 93 estableció:

ARTÍCULO 93. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así: Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley (...)(Subraya fuera de texto)

La naturaleza misma de la relación contractual que prevé la ley es diferente a la que pretende aludir 472, de interpretar el contexto de su participación como proveedor del acuerdo marco con la suscripción de un convenio interadministrativo. A todas luces es obvio, que como se mencionó en apartado anterior, la suscripción de un acuerdo marco de precios deviene de la estructuración de un proceso licitatorio que enmarca en su participación la libre concurrencia, igualdad y selección objetiva, permitiendo así a los proveedores participar en igualdad de condiciones respecto de los requisitos de habilitación y ponderación que los consolidará como adjudicatarios del mencionado proceso. Desde su participación en la operación principal, la naturaleza y régimen jurídico de Servicios Postales Nacionales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, deviene en un régimen contractual que lo coloca en igual condición que los demás proveedores de Sector privado que compiten en la operación secundaria.

El entendimiento de Servicios Postales Nacionales – 472 que entre ellos y Colombia Compra Eficiente se constituye un contrato interadministrativo para deslegitimar su competencia para la imposición de multas, desborda la normatividad prevista para los acuerdos marco de precios y en general, la naturaleza de la participación de 472 en un escenario competitivo con proveedores del Sector privado. En consecuencia, no puede Colombia Compra Eficiente, establecer condiciones disímiles para los proveedores de un acuerdo marco, cuando en igualdad de condiciones han presentado oferta, han sido evaluados y han competido expresa y libremente para ser parte del mismo. Mal haría la entidad en una errónea aplicación de la ley establecer parámetros diferenciales para ejercer la potestad sancionatoria que establece el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior, procederá Colombia Compra Eficiente a verificar si existió el incumplimiento aludido por la Entidad Compradora, por parte de Servicios Postales Nacionales – 472.

4.2. De la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para adelantar la presente actuación administrativa sancionatoria en materia contractual.

Habiendo precisada la naturaleza jurídica de Servicios Postales Nacionales - 472 como proveedor del Acuerdo Marco de Precios, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades contratantes sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden declarar un incumplimiento contractual cuando éste se encuentre acreditado, con miras a hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal o las multas que pacten en los contratos que celebren, para lo cual deben garantizar el debido proceso del contratista.

El Acuerdo Marco de Precios es un contrato estatal que se rige por el Estatuto General de la Contratación Pública en el que Colombia Compra Eficiente funge como entidad contratante, por suerte de lo cual, se materializa la competencia de esta entidad para seguir la presente actuación y declarar, si

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

ello se encuentra probado, el incumplimiento contractual en que incurra alguno de los proveedores de dicho contrato y, en consecuencia, hacer efectiva la cláusula de multas y sanciones.

Así las cosas, se ha visto que las Entidades del Estado como extremos contratantes dentro del negocio jurídico público, tienen la facultad de declarar el incumplimiento del contrato imputable al contratista. Tal prerrogativa encuentra asidero en la protección de principios constitucionales y legales que envuelven la relación contractual, entre los cuales se destaca la prevalencia del interés general. Esta situación contrasta con el régimen jurídico que regula los contratos privados puesto que, bajo el protagonismo del principio de igualdad de las partes, no es aceptable, prima facie, que una de las partes goce de las prerrogativas que, en virtud del régimen jurídico de la contratación pública y su teleología, adquiere la Administración.

Pues bien, en lo que concierne al régimen contractual sancionatorio que se pacta en el contrato estatal, el legislador posibilitó que sean varias las consecuencias que la Administración puede imponer en virtud de un incumplimiento. Por ejemplo, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece que las Entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública pueden "imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones" y, a su vez, tienen la facultad para "declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato"; sumado a ello, el primer inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que las mencionadas Entidades pueden "declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal".

Respecto de la responsabilidad contractual derivada de un incumplimiento, el Consejo de Estado ha manifestado que los contratos crean relaciones y obligaciones entre las partes en las que el deudor debe cumplir con la prestación pactada en favor del acreedor y éste debe realizar el pago en la medida en que la prestación se ajuste a lo convenido. Por ello, si la obligación no se satisface en la "forma y la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor", ello es un hecho constitutivo de un incumplimiento.

En este sentido, se reitera que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, faculta a las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación a imponer multas o declarar un incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato. Facultades que son coincidentes con los numerales 2º del artículo 4º y del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, y que permiten desplegarse ante incumplimientos parciales o totales que afectan la correcta ejecución de un contrato, bien sea derivado de un acuerdo marco de precios, o las ordenes de compra colocadas al amparo de estos.

4.3. Consideraciones específicas al presunto incumplimiento de las órdenes de compra 34348 y 34347

4.3.1. Pronunciamiento del proveedor

De conformidad con lo expuesto en el apartado de hechos, el Proveedor ha evadido dar respuesta de fondo respecto del cumplimiento de las obligaciones endilgadas y en particular del estado de los 55.815 envíos digitalizados fuera de tiempo y los 16.203 envíos entregados fuera de tiempo.

Manifiesta expresamente que, no están claramente identificados cuales envíos a la fecha están pendientes de cumplimiento, pues la base de datos de los 16.203 envíos entregados fuera de tiempo corresponde al 6.99% de los envíos, donde el 99% de los envíos están gestionados y con informe de cierre conocido por la DIAN. Por lo que, no existe un incumplimiento a la fecha sino un cumplimiento tardío de las obligaciones respecto de las cuales la entidad aplicó ANS por la entrega fuera de tiempo. Igualmente indica que, respecto de los 55.815 envíos digitalizados de forma tardía, la obligación a la fecha se encuentra cumplida, solo que la misma se cumplió tardíamente.

Así mismo, manifestó que la DIAN ha resarcido las entregas fuera de tiempo y las digitalizaciones fuera de tiempo, por los siguientes valores:

| Orden de Compra | Total de envíos | Valores descontados por ANS |
|------------------------|------------------------|------------------------------------|
| 34348 | 706.174 | \$31.480.877 |
| 34347 | 344 | \$1.806.760 |

Por lo anterior, considera el proveedor que no puede imponerse una nueva sanción como multa cuando se ha resarcido y se ha mitigado la entrega tardía a través de la aplicación de los ANS

4.3.2. Pronunciamiento de la Aseguradora

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

En las diferentes instancias procesales, Seguros Confianza manifestó que no aprueba la afectación de la póliza expedida en favor de Servicios Postales Nacionales

Por otra parte, aclara que la cobertura de la póliza expedida por Seguros Confianza contiene la obligación correspondiente a prestar un servicio básico de mensajería y no un servicio especializado y que, por el volumen de la cantidad de envíos, se constituye un margen de tolerancia y se castiga con unos ANS que las partes acordaron previamente. Los hechos que dieron lugar al presente procedimiento, ya se superaron, por lo que se solicita el archivo del mismo.

Los servicios que se prestaron fuera del tiempo, ya se encuentran cerrados, por lo que no ha lugar a la imposición de la multa, cuya finalidad es conminatoria.

No habría lugar a la afectación de la póliza, Solicita la terminación y archivo del proceso adelantado y la no afectación de la póliza descrita teniendo en cuenta el literal b del artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

4.3.3. Análisis de Colombia Compra Eficiente respecto de la imposición de la multa

El incumplimiento imputado redundó en la entrega tardía de 16.203 envíos y en el cargue tardío de la digitalización de 55.203 envíos por parte del Proveedor Servicios Postales Nacionales, afectando la misionalidad de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y habiendo sido requerido para el cumplimiento en los términos previstos en el acuerdo marco de Servicios de distribución CCE-411-1-AMP-2016. El asunto a dilucidar corresponde ¿Se constituye un incumplimiento contractual por parte de Servicios Postales Nacionales que permita la imposición de la multa prevista en la cláusula 18 del Acuerdo Marco?

De conformidad con lo que se evidencia de los medios de prueba documentales de carácter demostrativo que obran en el expediente, y las manifestaciones realizadas por el Representante Legal y el apoderado de Servicios Postales Nacionales – 472, así como lo indicado por los Supervisores de las órdenes de compra relacionadas, designados por la Entidad Compradora para el caso particular se constituye un retraso en el cumplimiento de los tiempos previstos en la cláusula 11 del Acuerdo Marco CCE-411-1-AMP-2016, tanto para la entrega de envíos, como para la digitalización de las guías de entrega.

Sobre el particular, la obligación del Acuerdo Marco establece:

"Cláusula 11- Obligaciones de los Proveedores

11.12. Cumplir con los tiempos máximos de distribución, según la zona de operación y el Segmento de Prestación del Servicio de Distribución, de acuerdo con la Tabla 2.

Tabla 2 Tiempos máximos de distribución (horas)

| Zona Segmento | Urbana | Departamental | Nacional | Difícil acceso |
|-------------------------------|--------|---------------|----------|----------------|
| 1 Mensajería expresa nacional | 24 | 48 | 72 | 144 |
| 3 Transporte de carga | 24 | 48 | 168 | 240 |

Fuente: Elaborado por Colombia Compra Eficiente.

Para el Segmento 2 los tiempos máximos de distribución están descritos en el Anexo 3 del pliego de condiciones.

El Proveedor puede exceder los tiempos de entrega establecidos en la Tabla 2 o el Anexo 3 únicamente en eventos en los que esta situación sea acordada con la Entidad Compradora. El tiempo de entrega empieza a correr a partir de la fecha acordada con la Entidad Compradora para la recolección de los Bienes. El tiempo de entrega finaliza el momento de la recepción del Bien en el punto de destino definido por la Entidad Compradora. El Proveedor del Servicio de Distribución debe dejar constancia en los casos en que la entrega no sea posible, situación en la que no aplicarán los descuentos contemplados por demora.

11.22. El Proveedor del Segmento 1 y el Segmento 2 debe tener disponible para consulta en la página web o por medios electrónicos adaptados por el Proveedor, la prueba de entrega de la información exigida en el artículo 8 de la Resolución CRC 3095 de 2011 y dentro de los siguientes plazos: (i) un (1) día hábil después de la entrega para la zona urbana y zona departamental; (ii) dos (2) días hábiles después de la entrega para la zona nacional (iii) cuatro (4) días hábiles después de la entrega para

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

zonas de difícil acceso; y (lv) cuatro (4) días hábiles después de la entrega para entregas internacionales.

Cabe resaltar que, del material probatorio allegado por la DIAN, particularmente los anexos 31 y 32 y que no fueron desvirtuados por parte de Servicios Postales Nacionales – 472 durante la presente actuación administrativa, se extrae que en efecto el proveedor superó los tiempos de entrega descritos en la Tabla 2 de la Cláusula 11.12 del Acuerdo Marco y de los tiempos establecidos en la cláusula 11.22 para la digitalización y cargue de las guías de entrega. Al respecto, manifestó el proveedor que dicha cantidad de entregas debe ser conmensurable en razón a la totalidad de los envíos y que los rangos o porcentajes de retrasos son mínimos y aceptados por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Así las cosas, el mismo proveedor ha aceptado que los retrasos en los tiempos de entrega han ocurrido pero que "deben ser aceptables" en consideración a la totalidad de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347, preconstituyendo así prueba frente a un posible incumplimiento.

Por otra parte, se ha evidenciado de la documentación aportada y de las manifestaciones realizadas en las distintas etapas procesales que, la entidad compradora ha hecho uso de la facultad prevista en la cláusula 10 del Acuerdo Marco que dispone:

El retraso en los tiempos de entrega establecidos en la Orden de Compra genera descuentos a favor de la Entidad Compradora en la factura correspondiente a la entrega donde se presentó el retraso. El valor de los descuentos será del 1 % por día calendario, sobre el valor previsto en la entrega según el peso y las zonas del envío particular, con base en los precios establecidos en la Orden de Compra. Si se justifica y se comprueba que el retraso en la entrega fue causado por un error en la solicitud realizada por la Entidad Compradora o por la configuración de los eventos previstos en la Cláusula 22, no aplican estos descuentos.

De lo anterior se extrae que la entidad compradora en ejercicio de las facultades previstas en el Acuerdo Marco, ha efectuado descuentos en razón de los retrasos en los tiempos de entrega que se están imputando al Proveedor Servicios Postales Nacionales. Con ello no se busca implicar que el proveedor esté facultado para retrasar los términos inicialmente pactados para las entregas y digitalización, sino que, en los eventos en que llegase a ocurrir la misma entidad compradora proceda a reprochar tal situación, que se verá reflejado en el pago, atendiendo así a que por una menor calidad en los niveles de servicio ofertados puede resarcirse de tal manera como compensación a la entidad compradora.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en el reporte de posible incumplimiento y en particular en comunicación remitida el 2 de agosto de 2019 suscrita por la supervisora de las órdenes de compra 34348 y 34347, manifestó lo siguiente:

"Es así como está claro que, si bien el incumplimiento por el cual procede la cláusula penal puede ser parcial o total, para que proceda el mismo, debe ser definitivo, por cuanto se trata de indemnizar una serie de perjuicios causados por la no ejecución de la obligación contractual.

Por lo anteriormente expuesto, para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, es - procedente como sanción la aplicación de multas, hasta el diez (10%), tal y como se señala en los numerales 18.1 y 18.2 de la cláusula 18 del Acuerdo Marco de Precios."

Por lo anterior, Colombia Compra Eficiente, procedió a imputar la presente actuación administrativa en atención a lo dispuesto en la cláusula 18 del Acuerdo Marco:

18.1. Colombia Compra Eficiente puede imponer multas de hasta del 5% del valor de la Orden de Compra por el incumplimiento de obligaciones contractuales a los Proveedores que estén en las siguientes condiciones respecta de una o varias Órdenes de Compra.

- a) Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones previstas en los Documentos del Proceso
- b) Incumplimiento de las especificaciones técnicas.

En este sentido, es pertinente ahondar en la naturaleza y función de las multas, en palabras del Consejo de Estado:

"La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo."¹⁰

De igual forma, se ha pronunciado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en sentencia con radicado 52549, del 1 de febrero de 2018 Magistrada Ponente Marta Nubia Velásquez Rico, al precisar que la naturaleza conminatoria de las multas se evidencia en el pago de una suma preestablecida e indilgando al incumplido a cumplir o ejecutar la prestación debida, a saber:

"Así mismo, la orientación interpretativa que privilegia la condición conminatoria, que no indemnizatoria de la multa en el ámbito de la contratación del Estado, se justifica en la composición literal de la fuente legal que actualmente la dota de sustento, en cuanto contempla que estas "proceden únicamente mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista" y a través de su utilización lo que se procura es "conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones". De igual manera, se impone aclarar que en atención al carácter conminatorio de la multa, resulta procedente su acumulación no solo al cumplimiento de la obligación debida como a los perjuicios que causa su tardanza, posibilidad que en todo caso se liga al hecho de que así se haya dispuesto por las partes. También es relevante acotar que la multa se encuentra concebida para el acaecimiento de circunstancias constitutivas de incumplimientos parciales y atribuibles al contratista, toda vez que las situaciones que acarreen una infracción grave a los mandatos del negocio jurídico que ponga en riesgo la ejecución del objeto contractual y conlleve a su parálisis darán lugar al ejercicio de una sanción más severa. Como se aprecia, en resumen, el origen e implementación de esta herramienta, desde la perspectiva contractual, se correlaciona y halla su justificación en los eventos en los que una de las partes incurre en incumplimiento de las obligaciones contraídas, al paso que su activación surge como consecuencia de una previsión anticipada y libremente acordada por los contratantes sobre los efectos que pueden extraerse de dicha inobservancia y que, por regla general, conlleva al pago de una suma preestablecida, sin que con esto el incumplido se releve de satisfacer la prestación debida; lo que busca es precisamente inducir a su acatamiento" (Subraya fuera de texto)

De la jurisprudencia transcrita y en particular del texto subrayado se extrae que las multas proceden únicamente mientras se halle pendiente la obligación. Para el caso concreto, la obligación principal derivada de la ejecución del Acuerdo Marco es la entrega de los envíos de mensajería, que aun cuando se ha efectuado con retrasos, se ha cumplido, y como ya se expresó, la entidad compradora ha efectuado los descuentos previstos en la cláusula 10, en atención a los retrasos en los tiempos de entrega. Así las cosas, la imposición de una multa para conminar a Servicios Postales Nacionales a realizar la entrega de la mensajería resulta inocua por cuanto, a la fecha los envíos relacionados no se encuentran pendientes, ni tampoco la digitalización y cargue de las guías de entrega, por lo que redundaría en instar al contratista a cumplir una obligación que a la fecha no se halla pendiente.

Adicionalmente, se resalta en el aparte subrayado que, la imposición de multas procede respecto de incumplimientos parciales, pues cuando se trata de algo definitivo y que acarree la indebida ejecución o inexecución del contrato, deberá imponerse una sanción más severa, como lo es la cláusula penal.

Finalmente, Colombia Compra Eficiente se pronunció en relación con la naturaleza de las multas y sanciones y la potestad sancionatoria de la administración en concepto No 4201912000006259, precisando lo siguiente:

"Asimismo, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia del 7 de octubre de 2009, radicado No. 25000-23-26-000-1995-01699-01(17936), definió la sanción contractual como una manifestación efectiva del poder sancionatorio sobre el contratista como consecuencia del incumplimiento contractual.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 68001231500019940982601 (28875), sep. 10/14, C. P. Jaime Orlando Santofimio

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

La sanción contractual es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción y en particular del poder punitivo del Estado (ius puniendi), como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, la cual debe encontrarse autorizada en la ley en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta actividad.

En el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia contractual se han identificado varios tipos a saber: (i) sanciones pecuniarias como la efectividad de la cláusula penal; (ii) sanciones rescisorias como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) sanciones coercitivas como la imposición de multas. (Subrayado por fuera del texto).

El marco regulatorio para imponer sanciones a los contratistas del Estado, de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, son los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 18 de la Ley 80 de 1993, además del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Tratándose de multas, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 le otorga la facultad, solo a las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, de imponerlas siempre que hayan sido pactadas en el contrato, con el objeto de conminar y apremiar al contratista a cumplir con sus obligaciones. No obstante, la imposición de multas debe estar precedida por el principio del debido proceso, y proceden sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, y de igual forma para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Además, la multa es una sanción pecuniaria que se le impone al contratista en caso de mora o tardanza e incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato, la cual solo se puede imponer como medida coercitiva mientras se encuentre pendiente la ejecución de las obligaciones. Así lo manifestó el Consejo de Estado, en sentencia del 7 de octubre 2019, radicado No. 25000-23-26-000-1995-01699-01(17.936):

Por regla general, las multas tienen una finalidad de constreñimiento, de coerción, de coacción, para presionar o apremiar al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra oportuno en el desarrollo las obligaciones a su cargo y, por ende, esté en mora o retardo, conforme a los plazos convenidos. No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual.

(...)

Con todo, adviértase que las multas que se pueden aplicar por las entidades públicas a su cocontratante, a título de sanción por el incumplimiento de sus obligaciones, deben ser establecidas previamente en el contrato, es decir, ser anteriores a la conducta que se prevé como hecho a sancionar". (Subraya fuera de texto)

En conclusión, toda vez, que aun cuando se ha observado que el proveedor Servicios Postales Nacionales – 472 no ha sido preciso en la entrega de la mensajería expresa en los términos descritos en la cláusula 11 del acuerdo marco, para Colombia Compra Eficiente es claro que a la fecha, no se encuentra obligación pendiente respecto de la digitalización y cargue de las 55.203 guías de entrega y los 16.203 envíos que se encontraban pendientes de entrega a la fecha de reporte ya han sido superados.

Por las consideraciones anteriormente expuestas la imposición de multas en contra del Proveedor Servicios Postales Nacionales, no procede.

En mérito de lo anterior, Colombia Compra Eficiente,

RESUELVE:

Artículo 1. No proceder a la imposición de la multa contemplada en la cláusula 18 del Acuerdo Marco CCE-441-1-AMP-2016 de Servicios de Distribución en contra de Servicios Postales Nacionales – 472.

Artículo 2. Archivar la actuación administrativa contractual ACS-SNEG-003-2019

Artículo 3. Notificar la presente resolución al representante legal del Proveedor Servicios Postales Nacionales y a la aseguradora Seguros Confianza dentro de la audiencia, de acuerdo con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016"

Artículo 4. Informar a los notificados que contra la presente decisión procede el recurso de reposición, el cual debe interponerse, sustentarse y decidirse dentro de la audiencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Artículo 5. La presente resolución tiene vigencia a partir de su expedición.

PUBLÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **13 FEB 2020**

ANDRÉS RICARDO MANCIPE GONZALEZ

~~Subdirector de Negocios~~