

Bogotá, D.C. 11 de mayo de 2023.

Doctor

CAMILO CONTRERAS BRAVO

Subdirector de Compras y Contratos

UAE-DIAN

ASUNTO: Sustentación Recurso de Reposición contra la Resolución No 003585 de 05 mayo de 2023- audiencia presunto incumplimiento del contrato No 159 de 2022.

Respetado doctor Contreras:

Teniendo en cuenta las consideraciones previstas en la Resolución No. 003585 de 05 mayo de 2023, mediante la cual se impuso sanción de multa a la UT Nueva Logística por considerar que no se han superado los motivos de presunto incumplimiento en relación con el Sistema de Protección contra Incendios de la bodega ubicada en la ciudad de Ipiales, se informa que este requerimiento se encuentra cumplido, desde el 29 de diciembre de 2022, fecha en la cual se instaló el sistema de seguridad, vigilancia y protección contra incendios por la empresa BIOMETRICAL S.A.S, como a continuación se señala, y cuyos soportes se encuentran en los elementos probatorios aportados al expediente de incumplimiento y en los que se remiten con el presente escrito de reposición :

**CUMPLIMIENTO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS
PREVISTO EN EL ANEXO TECNICO No1.**

En relación con el Sistema de Protección contra incendios, **el anexo Técnico No 1 del contrato No 159 de 2022, señala:**

“(…)

*5. ASPECTOS FÍSICOS Y EQUIPAMIENTO DE LOS RECINTOS DE
ALMACENAMIENTO.*

b. Deberán contar con un sistema de **protección contra incendios y garantizar que los extintores y equipos contra incendios estén disponibles y vigentes, plenamente señalizados** de tal forma que siempre estén aptos para su adecuada utilización. **(negrilla fuera del texto)**

Para cumplir con este requerimiento técnico, la UT Nueva Logística la UT Nueva Logística implementó en las Bodegas de almacenamiento de la ciudad de Ipiales un sistema de seguridad, vigilancia y protección contra incendios en conjunto con los equipos de extintores instalados, los cuales se encuentran ubicados y señalizados, conforme lo establece la norma NTC 2885, y remitió al presente procedimiento de incumplimiento, mediante **correo electrónico del 2 marzo de 2022,** la evidencia de instalación de equipos extintores y el cumplimiento de las respectivas normas de señalización, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 literal b del anexo técnico No 1 del contrato 159 de 2022 .

En esta comunicación se adjuntaron 2 informes con evidencias fotográficas de la instalación y señalización de los equipos extintores, así:

1) Evidencia de envío correo electrónico:

Eliminar Archivo Responder Responder Reenviar a todos Responder Paso rápido: McAfee Anti-Sp... Al jefe Correo electróni... Listo Responder y eli... Crear nuevo Mover Asignar directiva Marcar como no leído Categorizar Seguimiento Traducir Leer en Immers voz alta Reade Inmersivo

jueves 2/03/2023 10:24 a. m.
 Licitaciones
 Carpeta evidencias escrito Audiencia del 02/03/2023
 'ara Rosy Liliana Ascencio Pachon; 'Camilo Octavio Contreras Bravo'
 'C ALVAROMEJIA_1@HOTMAIL.COM; Daniela Alejandra Sandoval; kattiadaza@utnuevalogistica.com

Respetados doctores;

De manera atenta adjuntamos enlace de evidencias de los escritos enviados el día de hoy por el doctor Álvaro Mejía apoderado de la UT NUEVA LOGISTICA.

https://mudanzaschico-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/archivos01_organizacionccc_com/Eitc_qqtCCVEpiVAI3xx6FoBqjabD9nIc0anJsz_JArw1g?e=K22D27

Atentamente.



2) Carpetas anexas al link del correo electrónico antes referido:

	Bodega Cali	1 de marzo	Licitaciones CCC	2 elementos	Compartido
	Bodega Cartagena	1 de marzo	Licitaciones CCC	2 elementos	Compartido
	Bodega Cucuta	1 de marzo	Licitaciones CCC	27 elementos	Compartido
	Bodega Ipiales	1 de marzo	Licitaciones CCC	1 elemento	Compartido
	Bodega Medellin	1 de marzo	Licitaciones CCC	7 elementos	Compartido
	Bodega Pereira	1 de marzo	Licitaciones CCC	2 elementos	Compartido

3) Extracto del contenido del informe:

	Nombre	Modificado	Modificado por	Tamaño de arch...	Compartir
	INFORME BODEGA ipiales.docx	1 de marzo	Licitaciones CCC	4,03 MB	Compartido



4) Extracto del contenido del documento evidencia:
SEÑALIZACIÓN BODEGA IPIALES



Con los elementos probatorios anteriormente expuestos, la UT Nueva Logística probó que el recinto de almacenamiento de Ipiates contaba con un sistema de **protección contra incendios que incluye los extintores y equipos contra incendios disponibles, vigentes y plenamente señalizados** aptos para su adecuada utilización, de conformidad con lo previsto en el Numeral 5 *“ASPECTOS FÍSICOS Y EQUIPAMIENTO DE LOS RECINTOS DE ALMACENAMIENTO”*, literal b.

Se anexan nuevamente los informes denominados: “Informe Bodega Ipiates y evidencias Ipiates”, aportados el 2 de marzo de 2023, mediante correo electrónico, para que se evalúen como prueba en el presente recurso, toda vez que los mismos habían sido incorporados al expediente como soportes de cumplimiento, pero, inexplicablemente, no fueron valoradas al momento de proferirse el acto administrativo sancionatorio.

Igualmente, para certificar la existencia del sistema de vigilancia y seguridad contra incendios, la UT Nueva Logística aportó al presente procedimiento de presunto incumplimiento, mediante correo electrónico del **4 de mayo de 2023**, la certificación expedida por la empresa BIOMETRICAL S.A.S, en donde consta que el sistema fue instalado, desde el 29 de diciembre de 2022, quien al realizar las pruebas de funcionamiento del mismo, hace constar que son plenamente satisfactorias y no se aprecian deficiencias en el funcionamiento de la instalación.

No obstante y en atención a que la Entidad en sede del procedimiento de presunto incumplimiento consideró que con las evidencias relacionadas anteriormente, no se encontraba plenamente probado la instalación del sistema de protección contra incendios en las condiciones previstas en el anexo técnico No 1, nos permitimos remitir documento expedido por la misma empresa BIOMETRICAL S.A.S, en el cual se explica suficientemente el funcionamiento del Sistema de vigilancia, seguridad y protección contra

incendios instalado en las Bodegas de Ipiales, del cual se puede extractar lo siguiente:

“(...) El Sistema de Detección Sistema de Seguridad y Protección contra incendios, instalado en el inmueble referido consta de un sistema de circuito cerrado de TV que funciona mediante cámaras, DVR y disco duro marca Hikvision, un sistema de detección de humo con sensores de características FIRST ALERT SC9120LBL alarma de humo / CO y un sistema de alarma que se activa cuando existe intento de abertura de cortinas de manera forzosa y sensores de movimiento.

En caso de incendio, las 5 bodegas cuentan con sensores de humo que se ubicaron en el interior y centro de las instalaciones, estos sensores captan el humo o monóxido de carbono de 85dB a 3 metros y funciona a 433 MH rango adecuado para transmitir información al sistema de alarma e informar al personal de vigilancia. (...)”

A continuación, se presenta la evidencia:



LABORATORIO BIOMETRICAL S.A.S

INSCRITA EN CÁMARA DE COMERCIO DE PASTO,

CON NIT: 900.709.554-8



CERTIFICA QUE:

Se realizó la instalación del **Sistema de Seguridad y protección contra incendios** a la entidad **UNIÓN TEMPORAL NUEVA LOGÍSTICA** identificada con NIT 901653069-8 en las instalaciones ubicadas en la ciudad de Ipiales (Calle 2 este No 2E- 104s, el Tejar) , actividad con fecha de ejecución del día 29 de diciembre del año 2022, con pruebas efectuadas de la instalación del sistema de seguridad siendo plenamente satisfactorias, no habiéndose apreciado deficiencias en el funcionamiento de la instalación.

El Sistema de Detección **sistema de seguridad y protección contra incendios**, instalado en el inmueble referido consta de sistema de circuito cerrado de TV que funciona mediante cámaras, dvr y disco duro marca Hikvision, un sistema de detección de humo con sensores de características First Alert SC9120LBL alarma de humo / CO y un sistema de alarma que se activa cuando existe intento de abertura de cortinas de manera forzosa y sensores de movimiento.

En caso de ingreso inadecuado por áreas superiores de las instalaciones, la bodega cuenta con cuatro sensores ubicados en las esquinas superiores y el sensor más próximo al sospechoso es el que recibe y emite la señal al sistema de alarma sonora informando al personal de vigilancia que se encuentra en labor las 24/7.

El sistema de cierre de cortinas permite informar mediante el sistema de alarma cuando detecta apertura forzosa e inadecuada de la misma informando al personal de vigilancia que esté presente.

Las 32 cámaras de seguridad están ubicadas en las 4 esquinas, entrada, salida y al interior, distribuidas de tal forma que cubren todos los espacios sin dejar puntos ciegos, permite la visión nocturna 24/7 sin importar las condiciones de iluminación, cuenta con 2 DVR y disco duro de 1Tera para almacenamiento hasta de 20 días de grabación, generando mayor seguridad de los recursos y disminuyendo la probabilidad de ser víctimas de hurtos o daños.

En caso de incendio las 5 bodegas cuentan con sensores de humo que se ubicó en el interior y centro de las instalaciones, estos sensores captan el humo o monóxido de carbono de 85dB A 3 metros y funciona a 433 MH rango adecuado para transmitir información al sistema de alarma e informar al personal de vigilancia.



El Sistema cumple con todos los estándares de calidad requerido para este tipo de sistemas.

Para constancia de lo anterior se firma en San Juan de Pasto a los cuatro (04) días del mes de mayo de 2023.


FAUSTO HORMAZA BASANTE
Coordinador Gestión CCTV

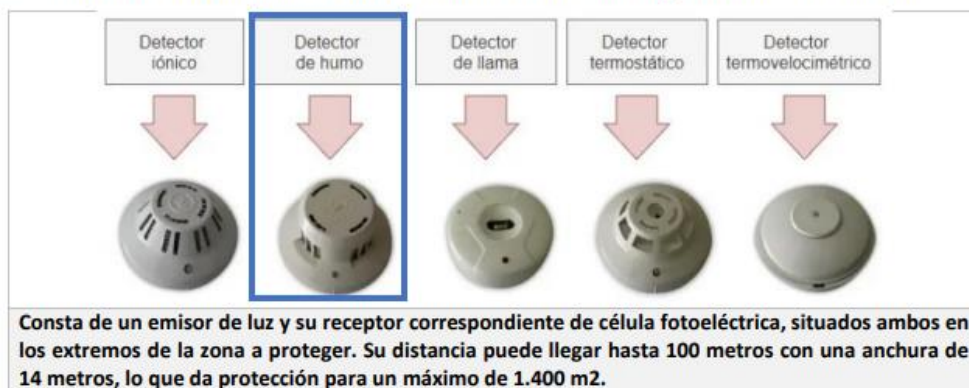
Así mismo, con la finalidad de ampliar la información sobre el sistema de protección contra incendios ubicado en la bodega de Ipiales, se anexa informe del jefe de Bodega en donde se puede establecer con argumentos técnicos y evidencias fotográficas de la instalación y funcionamiento del mismo en los siguientes términos:

INFORME SISTEMA DE SEGURIDAD BODEGAS UT

El sistema de seguridad en una empresa es de vital importancia debido a que permite proteger los recursos u activos almacenados dentro de la misma. Es por ello que en la entidad UNION TEMPORAL NUEVA LOGISTICA sede Ipiales se cuenta con los recursos necesarios de seguridad para cada una de las bodegas, a continuación, se describe cada sistema implementado.

DETECTOR DE HUMO

Los detectores son unos dispositivos que captan un determinado fenómeno que precedan o acompañen cualquier combustión (en nuestro caso humo) y cuando el valor de ese fenómeno sobrepasa un umbral prefijado se genera una señal inmediata de alarma que es transmitida a la central de control sistemas de detección y alarma de incendios.



En la sede Ipiales cada bodega cuenta con un detector de humo ubicado en el centro de la infraestructura, anexo ilustración.



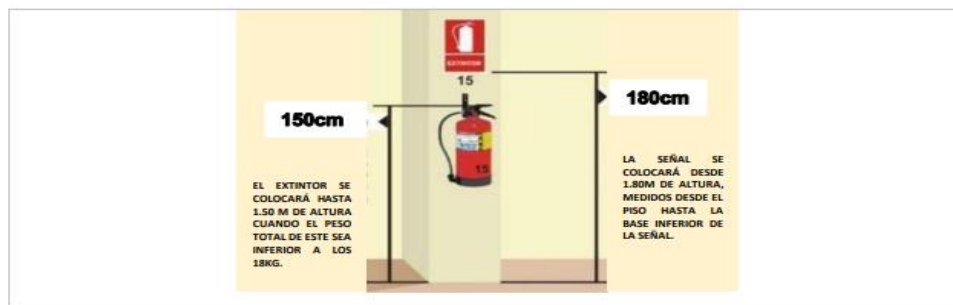
Ilustración 1. Imagen ilustrativa de instalación de sensor en el centro de bodega.

- Detector de humo ubicado en el centro de la misma, teniendo en cuenta la NORMA NFPA 72 que abarca la aplicación, instalación, desempeño y mantenimiento de los sistemas de alarma de incendio y sus componentes.

EXTINTOR

Las empresas tienen el compromiso de velar por la seguridad de las instalaciones para que sean aptas para albergar a sus trabajadores diariamente. Sin embargo, en caso de generarse una situación de emergencia, de igual manera deben estar disponibles equipos y herramientas que permitan una primera línea de protección y acción para salvaguardar de la mejor manera las vidas de las personas y activos en el recinto.

Para ello, uno de los equipos implementados en la UT son los extintores portátiles contra incendios, los cuales han venido ocupando un lugar principal en el resguardo y protección en caso de incendios en los momentos iniciales.



Las bodegas actualmente cuentan con 2 extintores portátiles contra incendios instalados según norma TÉCNICA COLOMBIANA NTC 2885.

Este informe contenido en el anexo No 5 también incluye el registro fotográfico en sitio de la Bodega de Ipiales, el cual se solicita sea verificado para efectos probatorios.

Cabe anotar que el Sistema de Protección contra incendios instalado en los recintos de almacenamiento de Ipiales fue provisto por la empresa BIOMETRICAL S.A.S, y para las demás bodegas se contrató con el proveedor TELESENTINEL, como aparece probado en el expediente del presente proceso de presunto incumplimiento. En este último caso las certificaciones aportadas sirvieron para que se tuviera como cumplida la obligación, por lo que, en consecuencia, la certificación de la primera debe correr la misma suerte.

En consecuencia, y conforme a las evidencias probatorias referidas en el presente documento de reposición es claro que el Sistema de Protección contra Incendios, también denominado técnicamente en los diferentes documentos como de “seguridad, vigilancia y/o protección” ha sido instalado en el recinto de Ipiales, desde el 29 de diciembre de 2022 y cumple con los requerimientos previstos en el Numeral 5 “*ASPECTOS FÍSICOS Y EQUIPAMIENTO DE LOS RECINTOS DE ALMACENAMIENTO.*” Literal b. según el cual los recintos de almacenamiento “... Deberán contar con un sistema de **protección contra incendios y garantizar que los extintores y equipos contra incendios estén disponibles y vigentes, plenamente señalizados** de tal forma que siempre estén aptos para su adecuada utilización...”

Por lo anterior, no le asiste razón a la Entidad para imponer sanción alguna por este concepto a mi representada.

PROPORCIONALIDAD DE LA MULTA.

Partimos de que, en este caso, no procede aplicar la multa por las razones aquí expuestas.

No obstante, independientemente de ello, es importante precisar que no se ha aplicado la proporcionalidad de la multa

Sobre este punto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288, Consejero Ponente, Daniel Suárez Hernández, consideró que la facultad de multar a los contratistas del Estado debe ser expresa, precisa, clara y limitada, **a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados**, de tal suerte que se tornen irracionales o inequitativos, dentro del contexto general del negocio (...) de serlo, el juez del contrato podrá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso.

Rodrigo Escobar Gil, en su obra *Teoría de los contratos de la Administración Pública*, Legis, 1999, página 353, señala sobre la proporcionalidad en materia sancionatoria contractual, lo siguiente:

*Las sanciones que impone la Administración Pública **deben ser proporcionales al valor del contrato, a la magnitud del incumplimiento de las obligaciones del contratista, y a su incidencia en la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos.*** (Resaltado nuestro).

Si se hubiese incumplido la obligación de contar con un sistema de protección contra incendios, que no es el caso, ese ítem es de un valor ínfimo frente al valor total del contrato. Pero, además, no se trata de un aspecto

que tuviera incidencia en la **prestación regular, continua y eficiente del servicio público**. Tanto es así, que la DIAN aceptó que funcionara la bodega y el contratista la ha tenido dispuesta para cumplir con el objeto del contrato, haciendo la observación, nuevamente, de que dicha obligación estaba cumplida de tiempo atrás, por lo que no afirmamos que hubiese existido alguna negligencia por parte de los funcionarios de la DIAN.

La Corte Constitucional en la sentencia C-1161 de 2000, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, dijo sobre este tema:

*“(...) la definición de una infracción debe respetar los principios de legalidad **y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado.**”* (Resaltado nuestro).

La Corte Constitucional en la sentencia C – 564 del 17 de mayo de 2000, magistrado ponente: Alfredo Beltrán S, dijo lo siguiente:

*(...) finalmente, **la sanción ha de ser razonable y proporcional**, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición, y estar determinada plenamente.* (Resaltado nuestro).

La Corte Constitucional en la sentencia C – 853 del 17 de agosto de 2005, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, dijo lo siguiente:

En ese orden, la jurisprudencia ha resaltado la exigencia “que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal -reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el

*legislador establezca para el efecto. Igualmente, **ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición.** En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad".* (Resaltado nuestro).

El Consejo de Estado, Sección Tercera, consejero ponente Enrique Gil Botero, en la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008, radicado número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), dijo sobre la proporcionalidad en el sancionatorio contractual, lo siguiente:

El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extra sistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano - artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad.

(...)

Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales

matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional. En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez. Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa. Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él. Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto.

(...)

Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado.

(...)

El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en el campo contractual -como en cualquier otra área-, exige -como antes se examinó-, la concreción de diversos principios -legalidad, proporcionalidad, tipicidad de la conducta, entre otros- Únicamente con la observancia y aplicación de cada uno de ellos puede ejercerse esta potestad, en relación con la imposición de multas o de la cláusula penal pecuniaria. (Resaltado nuestro).

El Consejo de Estado, Sección Tercera, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, en la sentencia de fecha 7 de octubre de 2009, radicado número: 17.963, dijo sobre la proporcionalidad en la aplicación de las multas contractuales, lo siguiente:

*"Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez **que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tornen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.***

(...)

*Adicionalmente, en cada caso, el Juez **ponderar así la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y***

compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del cumplimiento tardío, o defectuoso, o sí por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso...

(...)

El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo. Por tanto, el juez e incluso la autoridad administrativa debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. (...)

[S]e debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. (...) Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado.
*En vigencia de esta reforma, el Consejo de Estado ya resaltó la importancia de la potestad de la Administración en la que se sustenta **la imposición de las multas en la actividad***

contractual, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad y recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, magistrado ponente: Enrique Gil Botero, en la sentencia del 22 de octubre de 2012, radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738), dijo lo siguiente:

*Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. **Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción**”.*

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la sentencia del 13 de diciembre de 2016, radicación número 45.215, dijo lo siguiente:

*Dicho con otras palabras, **el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc.), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.***
(Resaltado nuestro).

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la sentencia del 26 de noviembre de 2015, radicación número 58.877, dijo lo siguiente:

En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública. (Resaltado nuestro).

La Agencia de Contratación Pública así lo ha señalado en sus documentos¹:

Proporcionalidad de las multas y de la cláusula penal. *El monto de la multa o de la cláusula penal debe ser proporcional al grado de incumplimiento del contrato. En aplicación del principio de proporcionalidad y del artículo 1596 del Código Civil y el artículo 867 del Código de Comercio, es posible graduar el monto de la cláusula penal, para lo cual debe tenerse en cuenta qué tanto se ha dado cumplimiento al contrato. (Etapa contractual: Cláusula penal pecuniaria y multas, Colombia Compra Eficiente,*

No existiendo una norma que indique como se aplica el principio de proporcionalidad resulta viable aplicar por analogía las normas que regulan la reducción de la cláusula penal como sanción contractual.

La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos

1

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co › sintesis › 6-etapa-contractual-cláu..>

jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar

el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución. (Sentencia No. C-083/95).

Es de considerar que la proporcionalidad es un principio que aplica por igual a las multas y a la cláusula penal, como atrás se citó, el Consejo de Estado resaltó la importancia de la potestad de la Administración en la que se sustenta **la imposición de las multas en la actividad contractual, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad y recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad.** También ha dicho que se debe **ponderar así la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del cumplimiento tardío, o defectuoso, o sí por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso...**"

Veamos la posición del Consejo de Estado, que apunta en la misma dirección con fundamento en unas normas que se deben aplicar por analogía a las multas contractuales:

Consejo de Estado, Sección Tercera, consejero ponente: Enrique Gil Botero, en la sentencia de fecha noviembre 13 de (2008), radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17009), dijo lo siguiente:

La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.

En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra.

(...)

La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales prescriben, en su orden:

“Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

“Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

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

“Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.” (Negrilla fuera del texto)

(...)

De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante, lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", consejera ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz, de fecha 1 de junio de 2015, radicación número: 250002326000199902244 01 (28950):

En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante, lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve el contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada."

APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL PRESENTE CASO

La Resolución impugnada hace una valoración que no está acorde con la aplicación del principio de PROPORCIONALIDAD DE LA MULTA, veamos:

Por lo anterior, el valor de la multa será el resultado de multiplicar el **0.01%** del valor del contrato, es decir **\$18.412.687**, por cada día de atraso en el cumplimiento de la obligación de disponer de Bodegas en las ciudades de Bogotá, Cúcuta, Cali, Medellín, Cartagena, Santa Marta, Barranquilla, Pereira e Ipiales que cumplieran las especificaciones establecidas en los numerales 4 y 4.1 del **Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA"**, numeral 5 del **Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA"**, numeral 7 del **Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA"** y numerales 9 y 9.1 del **Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA"** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO**.

De conformidad con el informe de supervisión presentado mediante Oficio 100191444-064 del 30 de diciembre de 2022, Radicado No. 00012022919802 del 30 de diciembre de 2022, el contratista se comprometió a terminar las adecuaciones de la bodega de la Dirección Seccional de Ipiales el 26 de diciembre de 2022.

Por lo anterior, el atraso en el cumplimiento de la obligación de contar con un sistema contra incendios en la bodega de la Dirección Seccional de Ipiales es de **129 días calendario**, contados desde el 27 de diciembre de 2022 hasta la fecha de expedición del presente acto administrativo.

Como la bodega de Ipiiales almacena el 2.15% de los bienes y mercancías de la DIAN a nivel nacional, para la liquidación de la multa se aplicará esta proporción, así:

Valor Mercancías DIAN (Nacional)	\$380.518.189.086	100%
Valor Mercancías DIAN (Ipiiales)	\$8.176.842.366	2,15%

Valor inicial del contrato	\$184.126.867.000
Reducción Modificadorio 1	\$3.500.000.000
Reducción Modificadorio 2	\$5.699.404.360
Valor actual del contrato	\$174.927.462.640
Multa (0.01% diaria)	\$17.492.746
Multa (0.01% diaria) - Ipiiales	\$376.094
196 días calendario de mora (Ipiiales)	\$73.714.433

Decimos que es errado, porque parte del hecho de que la bodega de IPIALES está incumplida totalmente, cuando en la Resolución solo se reprocha que la falta sistema de protección contra incendios (lo que no es cierto), por lo que el Despacho debió calcular el peso porcentual que tiene frente a la bodega y todos los demás requerimientos del anexo técnico 1, y es ese porcentaje en que debería aplicarse al valor de \$73.714.433, pudiendo ser incluso menor, si se tiene en cuenta que ese sistema no ha impedido la prestación del servicio, el cual ha sido permitido por la DIAN y prestado por el contratista, haciendo la observación, nuevamente, de que dicha obligación estaba cumplida de tiempo atrás, por lo que no afirmamos que hubiese existido alguna negligencia por parte de los funcionarios de la DIAN.

PETICION:

Solicito que se revoque la Resolución 003585 de 05 mayo de 2023 y, en si defecto se tenga como superado el hecho que motivó su declaratoria.

PRUEBAS

Se aportan como pruebas los siguientes documentos:

1. Documento PDF denominado Informe Bodega Ipiales aportado en 2 de marzo de 2023.
2. Documento PDF denominado Evidencias Ipiales aportado en 2 de marzo de 2023.
3. Documento PDF denominado Certificación Instalación Sistema de Vigilancia UT.
4. Documento PDF denominado Documento Alcance Laboratorio BIOMETRICAL S.A.S.
5. Documento PDF denominado Informe Sistema de Seguridad UT.
6. Carpeta con evidencias fotográficas de la Instalación del Sistema.

Se suscribe de usted, sin otro particular,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Álvaro Mejía Mejía', with several horizontal strokes crossing through it.

ÁLVARO MEJÍA MEJÍA