

Señores

DIAN

E. S. M.

cvegan@dian.gov.co

Recurso de Reposición contra la resolución No. 12240 de fecha 18 de diciembre del 2024

REF.:AUDIENCIA ART. 86 LEY 1474 DE 2011

Contrato No. 00-159-2022

Contratista: UNION TEMPORAL NUEVA LOGISTICA

Aseguradora: BERKLEY SEGUROS COLOMBIA S.A.

PÓLIZA No. 62667

STELLA BOTIA RUIZ , mayor, vecina de Bogotá D.C., identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 22.789.567., abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 106650 del Consejo Superior de la Judicatura, quien autoriza notificaciones en el correo electrónico stellabotia@ajuridicas.com, en calidad de apoderada de **BERKLEY SEGUROS COLOMBIA S.A.**, mediante el presente escrito, y dentro de los términos de Ley, me permito presentar **Recurso de Reposición**, dentro de la actuación administrativa de la referencia, en los siguientes términos:

1. DE LA NULIDAD POR FALSA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La falsa motivacion se presenta cuando los hechos de la decision adoptada por la admnistracion no existieron o cuando la realidad factica con concuerda con la analizada .

Para que prospere la nulidad del acto administrativo con fundamento en esta causal , es necesario que se demuestre una de dos circunstancias : (1) o bien que los hechos que la administracion tuvo en cuenta como motivos determinables de la decision no estuvieron debidamente probados dentro de la actuacion administrativa ; o 2) que la administracion omitió tener en cuenta hechos que si estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrian conducido a una decision sustancialmente diferente.

Por ende cuando los hechos que tuvo en cuenta la administracion para adoptar la decision no existieron o fueron apreciados en una dimension equivocada , se incurre en falsa motivacion porque la realidad no concuerda en el escenario factico que la administracion expuso que existia al tomar la decision .

Lo anterior obra en consonancia con lo expresado por la administracion al indicar que el contratista incumplió e impuso sanción de multa y declaró el incumplimiento parcial bajo un argumento inexistente y no formulado en el pliego de cargos del procedimiento, el cual tampoco fue objeto de investigación administrativa, como lo es una supuesta extemporaneidad en la solicitud de aprobación de las homologaciones respecto de las bodegas de Villavicencio, Manizales, Armenia y Puerto Asís, cuestionando el procedimiento de ofrecimiento de mi representada y los términos de aprobación de la administración, afirmando falsamente que este hecho por si solo implica la inexistencia del derecho y la perdida de oportunidad para su causación.

Este presunto incumplimiento contractual de extemporaneidad de tal naturaleza nunca fue planteado por el supervisor del contrato en el informe de presunto incumplimiento, ni en los cargos formulados, ni el hecho fue cuestionado a lo largo de la actuación sancionatoria como situación de posible reproche de incumplimiento.

Se desconoce abiertamente los actos y documentos emitidos por los Directores Seccionales y el supervisor Nacional con fundamento en el Anexo Técnico No1 del contrato 159 de 2022, mediante los cuales se aprobaron todas y cada una de las homologaciones de recintos de almacenamiento que hoy después de dos (2) años de ejecución contractual se desarrollan sin ninguna objeción distinta a las de Armenia Manizales, Villavicencio y puerto Asís, sustentada en argumentos subjetivos

de los Directores Seccionales sobre presuntos perjuicios causados por el hecho de que las mercancías de sus seccionales se encuentren almacenadas en los recintos homologados y abiertamente contrarios a las cláusulas del contrato, al manifestar que la aprobación de la homologación otorgada, tiene un carácter temporal sin ningún sustento contractual, desconociendo la plena prueba presentada mediante acta del 18 de abril de 2023 mediante la cual estas mismas seccionales aprobaron la prestación del servicio de almacenamiento en un recinto diferente fuera de sus territorios, como a continuación se muestra:

REUNIÓN COMITÉ TÉCNICO CONTRATO 00-159 DE 2022 ENTRE LA SUBDIRECCIÓN LOGÍSTICA, GERENTE DE UT NUEVA LOGÍSTICA Y DIRECTORES SECCIONALES DE INIENDA, YOPAL, ARMENIA, MANIZALES, VILLAVICENCIO Y PUERTO ASÍS

LUGAR:	VIA TEAMS
FECHA:	ABRIL 18 DE 2023
HORA:	DE 1:30 PM A 4:00 PM
ASISTENTES:	
 Jorge Buldiles Moreno Murillo Desconocido	 Martha Lucia Cardona Cortez Desconocido
 Juan Clemmeyer Martinez Estrada Desconocido	 Clara Ines Tavera Ortiz Desconocido
 Rafael Cardella Hernandez Petro Desconocido	 Madeleine Manchola Baracaldo Desconocido
 Pabloy Arboleda Arboleda Desconocido	 Ricardo Acevedo Beltrán Desconocido
 Valerio Mantia Garcia Hoyos Desconocido	 kattiadaza@utnuevalogistica.com Desconocido
 Martha Lucia Osorio Alzate Desconocido	
 Edwarth De Jesus Garcia Viquez Desconocido	
 TN Rosalva Yonai Gonzalez Nieves Desconocido	

En cumplimiento del compromiso de pasada Audiencia nro. 1 del Proceso de Presunto Incumplimiento realizada el 11 de abril de 2023 que se adelanta por la entidad UAE DIAN contra el nuevo contratista UT Nueva Logística del Contrato de Operación Logística nro. 159 de 2022, donde se ordenó la práctica de una prueba consistente en: "Realizar Comité Técnico con los Directores Seccionales de Armenia, Manizales, Villavicencio, Ininda, Puerto Asís y Yopal que a la fecha no han aceptado homologaciones, ni ofrecimientos in situ de bodegas".

Se realiza reunión vía Teams el día 18/04/2023 con los Directores Seccionales referidos, con las siguientes conclusiones:

Armenia	La Directora Seccional acepta homologación de la bodega aceptada en la ciudad de Pereira
Manizales	La Directora Seccional acepta homologación de la bodega aceptada en la ciudad de Pereira

Villavicencio	La Directora Seccional el día 17 de abril de 2023 remitió correo electrónico a la Gerente General de UT Nueva Logística aceptando homologación de la bodega aceptada en Bogotá, manifestación reiterada en la reunión celebrada el día de hoy.
Ininda	El Director Seccional manifestó que no requiere bodega para almacenamiento
Puerto Asís	La Directora Seccional manifiesta aceptar la homologación de la bodega aceptada en Ipiales y la Gerente de UT Nueva Logística se comprometió a contactar al propietario del inmueble donde actualmente se encuentran las mercancías cadena ADA para contratar el arrendamiento de esa locación.
Yopal	La Directora Seccional manifiesta que va a aceptar la entrega del Patio ofrecido por la UT Nueva Logística. Igualmente manifestó que va a aceptar homologación de bodega cubierta en Bogotá. Igualmente, la Subdirección Logística comisionará a los doctores Ricardo Acevedo y Alexander Beltrán los días 24 al 26 de abril a la ciudad de Yopal con el fin de coadyuvar en la normalización de los servicios de almacenamiento, acompañar a la Seccional en la verificación de un inmueble ofrecido por la UT NL para el almacenamiento en patio en la misma región y comprometer al contratista a las adecuaciones para el traslado.

Igualmente, la sustentación de la sanción de multa en la Resolución No 12240 del 18 de diciembre de 2024, soportada en la existencia de una presunta temporalidad en la aprobación de las homologaciones, la cual no está expresamente pactada y definida en el contrato, es abiertamente ilegal, puesto que otorga a la administración la potestad de manera arbitraria y en este caso a los supervisores del contrato a exigir el cumplimiento de plazos o condiciones que no se encuentran plena y claramente definidas en el contrato.

Por lo anterior, es evidente que los motivos de la decisión de la Resolución 12240 del 18 de diciembre de 2024, no coinciden con la realidad fáctica y probatoria del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en contra de la Unión Temporal Nueva Logística pues desconoce que el derecho a la homologación de recintos de almacenamiento es un derecho contractual pactado y que se causó

en el caso de las Direcciones Seccionales de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís, sobre la base de una aprobación de los competentes contractuales el 18 de abril de 2023, aprobación que no podía otorgarse con fecha o plazo de vencimiento porque el contrato 159 de 2024 no lo prevé y mucho menos el límite del derecho puede ser determinado a voluntad del supervisor del contrato ante la inexistencia de plazo pactado.

No determinó el despacho tampoco en la resolución sancionatoria, la existencia de facultad unilateral de la administración para revocar la autorización de las homologaciones en cualquier momento o si la administración debía demostrar para desestimar la autorización, que la homologación aprobada causa alguna limitación o afectación en la prestación del servicio en todas y cada una de las ciudades en donde se encuentran ubicadas las direcciones seccionales de la DIAN., para el caso que nos ocupa respecto de los servicios de MANIZALEZ, ARMENIA, VILLAVICENCIO Y PUERTO ASÍS homologados en Pereira, Bogotá e Ipiales.

2. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE MULTA

En los términos del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tenemos que el espíritu de la multa es el de constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones :

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto **de conminar** al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y **procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del***

contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (Resaltado propio).

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Así las cosas tenemos que para el caso que nos ocupa Señala el supervisor del Contrato:

“(…) El valor de la multa sería de **\$1.665.309,44** por cada día de atraso en el cumplimiento de sus obligaciones, contado desde el vencimiento del plazo pactado, hasta el día de en el que se profiera el acto administrativo que resuelva el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, cuyo valor se obtuvo a través del siguiente cálculo:

- a. El **0.01%** del valor del contrato que, actualmente es de **\$174.927.462.640,00**, así la multa sería: **\$17.492.746,26** por cada día de atraso en el cumplimiento de sus obligaciones, contado desde el vencimiento del plazo pactado, hasta el día de en el que se profiera el acto administrativo que resuelva el procedimiento administrativo sancionatorio contractual.
- b. Las cuatro (4) direcciones seccionales que no aprueban la homologación, de un total de cuarenta y dos (42) que requieren almacenamiento a través del contrato representan el **9,52%**, por tanto, se calcula ese porcentaje al valor de **\$17.492.746,26** obtenido en el literal a, obteniéndose como valor definitivo de la multa la suma de **\$1.665.309,44** por cada día de atraso en el cumplimiento de sus obligaciones.

En este orden, la obligación de disponer de bodegas en sitio en las ciudades (Armenia, Manizales, Puerto Asís y Villavicencio), que cumplan las especificaciones establecidas en el 2.2.1 El numeral 2.6 del Anexo No.1 Especificaciones Técnicas del contrato de la Referencia,

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** del **Contrato No. 00-0159-2022**, debió ser cumplida por la **UNIÓN TEMPORAL NUEVA LOGÍSTICA desde el 17 de noviembre de 2023** (ver anexo 6), debido a que, a la fecha de presentación del presente memorial, no controvertió lo declarado por la UAE DIAN en el oficio 100191444-541 y no dispuso a favor de la entidad las bodegas requeridas para las Direcciones Seccionales de Armenia, Manizales, Puerto Así y Villavicencio. (...).”

Observa a la Aseguradora que que la homologación no está sometida a término o transitoriedad alguna en el contrato porque la vocación de la cláusula contractual es que se realice la prestación del servicio objeto del contrato en este caso el almacenamiento de mercancías en una bodega que cuente con las condiciones descritas en el contrato y para tal efecto la partes pactaron la posibilidad de que dicha prestación podría realizarse en la misma ciudad donde opera la Dirección Seccional o en lugar diferente al mismo.

Por lo tanto, no hay una fecha limite pactada por las partes para terminar la homologación de recintos de almacenamiento por lo que no puede solicitar el supervisor la imposición de una multa contada desde que los Directores seccionales manifestaron su inconformidad con la homologación en el mes de noviembre de 2023 pues esto sería someter a la mera liberalidad de la entidad y la creación de una regla no pactada en el contrato la posibilidad de sancionar al contratista en contravía del principio de legalidad y el debido proceso.

Sin perjuicio de lo anterior y de manera atenta manifestamos a la Entidad Estatal que nos oponemos a la tasación de la multa solicitada por el supervisor nacional del contrato: teniendo en cuenta la desproporcionalidad de esta respecto de la obligación presuntamente incumplida y debido a que no existe fecha cierta desde la cual se pueda probar el presunto incumplimiento de la obligación, incumplimiento lo perceptuado en art. 1077 del Código de Comercio, el asegurado debe acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

Sobre el particular es preciso señalar que en virtud del artículo 1077 DEL CODIGO DE COMERCIO la misma no puede solicitarse desde el **17 DE NOVIEMBRE DE 2023**, debido a que la Entidad Estatal considero pertinente que el contratista remitiera propuestas y alternativas respecto de las homologaciones aprobadas en el contrato las cuales serian analizadas en espacios de trabajo con los supervisores del Contrato según consta en el acta de la reunión del 9 de noviembre de 2023- anexo No 3 de las pruebas aportadas por el supervisor.

Con posterioridad a esta reunión del 9 de noviembre de 2023 y dado que se dio la viabilidad para presentar alternativas en la reunión referida, la unión temporal presento oficio del 18 de noviembre de 2023, el cual fue trasladado a los directores seccionales - supervisores del contrato de **ARMENIA, MANIZALEZ, VILLAVICENCIO Y PUERTO ASIS**, por la Subdirección Logística para el pronunciamiento de fondo y posteriores mesas de trabajo. Algunas de las respuestas de las seccionales fueron remitidas por el supervisor Nacional hasta el **28 de diciembre de 2023** otras con posterioridad a esta fecha.

Debe anotarse que no puede pretender la Entidad imponer una multa contabilizada desde el 17 De noviembre De 2023, cuando la misma entidad accedió a que el contratista presentara alternativas para superar los inconvenientes expuestos de carácter contractual, técnicos y financieros entre otros. Dichas alternativas se analizarían integralmente para responder de fondo y se solicitaría la intervención de la Subdirección de Compras u contratos para su análisis y concepto lo cual nunca ocurrió quedando inconclusa la etapa de análisis, mesas de trabajo y acuerdos entre supervisor y contratista.

En esta medida y dado que no existe incumplimiento contractual no es factible contabilizar multas conminatorias desde una fecha cierta.

Del análisis de lo encontrado durante la diligencia de Inspección realizada por la Subdirección de compras y Contratos a la **bodega de Pereira**, se puede concluir que la Unión Temporal cuenta con áreas suficientes para la prestación del servicio de las direcciones seccionales de Manizales y Armenia en bodega y patio , de acuerdo con las necesidades de la DIAN en los términos previstos en el Numeral 4

del **Capítulo VIII “OPERACIÓN LOGÍSTICA”** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO** del **Contrato No. 00-159-2022** razón por la cual se desvirtúa el presunto incumplimiento del contrato respecto de esta obligación, aunado ello que el almacenamiento mediante homologación fue aprobado expresamente por estas direcciones seccionales lo cual consta en acta del 18 de abril de 2023 aportada al presente procedimiento y que no se ha demostrado que la unión temporal haya causado perjuicio alguno derivado de su acción u omisión.

Tampoco esta contractualmente pactada disposición alguna que permita concluir que la aprobación de la homologación es susceptible de revocación unilateral por parte de la Entidad sobre la base de una presunta afectación del servicio cuya responsabilidad del contratista no ha sido probada.

Teniendo en cuenta lo descrito en el acta de inspección administrativa a las instalaciones de la **bodega de Bogotá**, realizada por la Subdirección de compras y Contratos, y que no se vislumbra observación alguna que denote incumplimiento de las obligaciones del contratista, se puede inferir que la Unión Temporal cuenta con áreas suficientes para la prestación del servicio de las direcciones seccionales de Tunja, Sogamoso y especialmente Villavicencio en bodega y patio, de acuerdo con las necesidades de la DIAN en los términos previstos en el Numeral 4 del **Capítulo VIII “OPERACIÓN LOGÍSTICA”** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO** del **Contrato No. 00-159-2022** razón por la cual se desvirtúa el presunto incumplimiento del contrato respecto de esta obligación, aunado ello que el almacenamiento mediante homologación fue aprobado expresamente por estas direcciones seccionales, lo cual consta en acta del 18 de abril de 2023 aportada al presente procedimiento y que no se ha demostrado que la unión temporal haya causado perjuicio alguno derivado de su acción u omisión.

La aprobación de la homologación en comité técnico del 18 de abril de 2023 por parte de la Dirección Seccional de Manizales y la cual consta en acta aportada como prueba en el presente procedimiento permitió a la Unión Temporal Nueva Logística realizar la prestación de los servicios de almacenamiento para la Dirección Seccional de Manizales en el recinto

dispuesto en la ciudad de Pereira de manera permanente e ininterrumpida hasta la fecha y probar dentro del procedimiento de presunto incumplimiento adelantado por el supervisor Nacional en la vigencia 2022, el cumplimiento de la obligación contractual prevista en Numeral 4 del **Capítulo VIII “OPERACIÓN LOGÍSTICA”** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO** del **Contrato No. 00-159-2022** y el correspondiente archivo de la actuación administrativa sancionatoria mediante la resolución No 6062 del 26 de julio de 2023 por el presunto incumplimiento de la obligación de disponer de bodegas de Armenia, Manizales, Villavicencio y puerto asís, actuación abiertamente contradictoria con la presente actuación administrativa sancionatoria que versa sobre los mismos hechos ya debatidos en tal oportunidad. (vulneración del principio NON BIS IN IDEM- Juzgamiento por los mismos hechos reprochados y que fueron objeto de archivo por la Entidad toda vez que no se probó el incumplimiento de la obligación contractual objeto de reproche).

Por lo anterior la prueba anotada es necesaria y conducente para demostrar que el contratista no ha incumplido la obligación contractual anotada y objeto de reproche por parte de los supervisores del contrato

3. INEXISTENCIA DE SINIESTRO POR CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y AUSENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

La DIAN en la citación a audiencia de presunto incumplimiento del contrato No. 159 del 2022, amparado por la Póliza de Seguro No.62667 señala en el numeral 2.1:

2.1. NORMAS O CLÁUSULAS POSIBLEMENTE INCUMPLIDAS:

*Según el informe de supervisión presentado mediante oficio No. 100191444-045 del 01 de febrero de 2024, la **UNIÓN TEMPORAL NUEVA LOGÍSTICA** posiblemente ha incumplido las siguientes obligaciones del **Contrato No. 00-159-2022**:*

Numeral 4 del Capítulo VIII “OPERACIÓN LOGÍSTICA” del Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO del Contrato No. 00-159-2022, que establece:

“El Operador Logístico deberá contar con áreas suficientes para la prestación del servicio, de acuerdo con las necesidades que la DIAN requiera durante la ejecución del contrato.

El Contratista, al momento de la suscripción del acta inicio del contrato, deberá detallar la capacidad física de cada uno de los recintos de almacenamiento a nivel nacional, en todas y cada una de las ciudades incluidas en el alcance del presente documento, incluyendo las capacidades en metros cuadrados (bodega y patio) y posiciones en estiba de almacenamiento que estarán disponibles y dedicadas para la operación de la DIAN y las áreas y posiciones totales a nivel nacional.

Así mismo, deberá entregar una propuesta en cuanto al manejo del espacio destinado al almacenamiento de mercancías de la DIAN, medidas de seguridad, esquemas de almacenamiento, controles y verificaciones sobre mercancías y tiempos de rotación por estado de servicio”.

Así las cosas y para el caso que nos ocupa tenemos que la citación que realiza la entidad no cumple con los requisitos del art. 86 de la ley 1474 como quiera que los hechos materia de controversia no guardan congruencia con la cláusula presuntamente violada , ya que el contratista UT NUEVA LOGISTICA ha dispuesto en todo momento y durante todo el desarrollo del contrato las áreas suficientes para la prestación del servicio , de acuerdo con las necesidades que la DIAN requiera durante la ejecución del contrato.

En ese orden de ideas tenemos que la citación no cumple con el lleno de los requisitos que dispone el artículo 86 literal a) de la ley 1474 de 2011, con respecto a la citación que el despacho remitió a la garante, la norma a la letra dispone que:

*“Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. **En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.** En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;” (Subrayado fuera de texto).*

Pues bien, como puede apreciarse en el texto resaltado en la norma, la actuación administrativa de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en primer término, debe cumplirse debidamente con la legalidad de los pliegos al hacer mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en

desarrollo de la actuación, asunto que para el presente caso no se ha dado, pues se encuentra lo siguiente:

1. La entidad debe acompañar el informe del interventor o supervisión haciendo mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, toda vez que resultan necesarios para atender la defensa tanto del contratista como de la Aseguradora, asunto que para el presente caso no se vislumbra, pues en el pliego no describen las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y en tal sentido, la entidad no podría imponer una sanción al contratista bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva.

Ahora bien, además de mencionar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y de adjuntar el informe del interventor o supervisor, adicionalmente la Entidad Administrativa debe tener en consideración que es necesario valorar en su conjunto otras pruebas, pues el sólo pliego construido por la entidad no constituye el único medio legal para dar por demostrada la supuesta falta contractual. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señala que se acompañará el informe del interventor o supervisor con el pliego de cargos, y este mismo deberá controvertirse debidamente, e incluso, tanto el contratista como la aseguradora podrán hacer referencia a otras pruebas, y podrá desvirtuar lo plasmado en dicho informe dentro del respectivo traslado, para esclarecer lo sucedido. Al respecto, el Consejo de Estado, sobre este punto, manifestó:

“Además, si la bitácora de obra o las comunicaciones que la interventoría afirma envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del artículo 29 C.P.; aun así, se habría omitido exhortarlo a defenderse en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo el incumplimiento de obligaciones contractuales”¹

En ese orden de ideas, debe advertirse, que el pliego, no solo debe edificarse con el informe de interventoría o supervisión, pues será menester acompañar no sólo la póliza sino también, motivar en debida forma la afectación de la misma, así como las otras pruebas

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia del 29 de agosto de 2012, Expediente 21.430, C.P. Enrique Gil Botero.

que soportan la imputación de un supuesto incumplimiento contractual. Así, para el Consejo de Estado², es una falla protuberante imponer sanción al contratista con base únicamente en los informes de interventoría, al respecto sostuvo:

“La Sala encuentra como consecuencia del defecto analizado en el acápite anterior, que las falencias en materia probatoria son protuberantes, porque la decisión inicial del municipio se soportó exclusivamente en una comunicación de la interventoría –la de 24 de marzo de 1995- donde señaló que el contratista incumplió con el plazo de entrega y la calidad del trabajo”

Será entonces necesario para el presente caso, no sólo que se acompañe el informe del interventor o supervisor, sino que además de ello, valore otras pruebas que sustenten la imputación de incumplimiento contractual.

2. La administración debe indicar con absoluta claridad cuáles son los hechos constitutivos del presunto incumplimiento y las pruebas que la llevan a valorar la conducta del presunto infractor, es decir, si obró con culpa o dolo.³

Por su parte, el artículo 86⁴ de la Ley 1474 de 2011, reguló integralmente el procedimiento para imponer sanciones al contratista, sujeto en todo caso, a que se hayan pactado expresamente en el contrato estatal –las faltas y la sanción⁵- y se acrediten los supuestos para imponer la sanción, esto es, que se pruebe la culpa del contratista y que, además incurrió en un incumplimiento contractual de alguna obligación estipulada en el contrato. No basta entonces con demostrar el incumplimiento por acción u omisión, sino que es menester probar la culpa del contratista.

² Ibídem.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Expediente 20.738, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ El Consejo de Estado, apuntó frente a la vigencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo siguiente: “En estos términos, por fin cumplió el Congreso con la exigencia de la reserva de ley que el procedimiento sancionatorio impone para aplicar una medida de esta naturaleza, la cual hasta la expedición de la Ley 1474 se toma directamente del Código Contencioso Administrativo, a falta de norma legal especial” Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia de 29 de agosto de 2012, Expediente 21.430, C.P. Enrique Gil Botero.

⁵ El Consejo de Estado, sostuvo que, si las faltas y la sanción no están contempladas en el contrato estatal, la administración, no podrá imponer multa alguna al contratista. En ese sentido, la corporación, sostuvo: “En tal caso, el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual- contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso”. Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia del 25 de julio de 2011, Expediente 20.279, C.P. Olga Valle de Dela Hoz.

Precisamente, la Corte Constitucional⁶, se ha ocupado de estudiar el tema en materia sancionatoria administrativa, para sostener lo siguiente:

“La exigencia de que en materia sancionatoria deba tenerse en cuenta siempre la conducta del justiciable implica que la imposición de la sanción sólo es posible si el sujeto activo ha cometido falta con dolo o culpa, esto es, con conocimiento y voluntad positiva en la obtención de los resultados de su comportamiento, o con simple conocimiento del mismo, pero en inobservancia de un “deber de cuidado y diligencia.”

*En otros términos, para imponer la sanción penal, disciplinaria o **administrativa no basta con que el actor ejecute el comportamiento reprochable: es requisito sine qua non que la autoridad sancionatoria verifique las condiciones en que se produjo la falta y examine el grado de conocimiento y voluntad que intervinieron en la configuración del comportamiento.** Por ello la Corte ha dicho que la culpa es supuesto “ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”. En esta línea, la corriente contemporánea del derecho sancionatorio ha propugnado la consolidación de la culpabilidad como elemento protagónico del derecho de la sanción, llegando incluso a elevarla a rango de principio fundante constitucional de tal disciplina. (...)*

***Ciertamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano impone la restricción de sancionar la conducta por el sólo hecho de la ocurrencia del resultado y exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga”** (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

3. Conforme con lo anterior, la entidad no menciona las causas del incumplimiento, simplemente se menciona algunas actividades que supuestamente se le endilgan como cargos en contra del contratista, pero no se cita textualmente la manera como se le determinan ni establece de forma motivada cuáles son las fallas o faltantes tampoco aporta pruebas que justifiquen el monto del supuesto perjuicio simplemente se menciona algunas actividades que supuestamente se le endilgan como cargos en contra del contratista,

⁶ Sentencia C-545 del 18 de julio de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

ni se indica de manera cierta si respecto de los requerimientos previos o citatorios que eventualmente puedan llegar a darse dentro de la ejecución del contrato, el contratista ha justificado su situación, y es claro, que de ninguna manera puede la entidad mediante actuaciones administrativas hacer imputaciones caprichosas o arbitrarias, sino que deben guardar sus actuaciones el fundamento legal y contractual, desechando cualquier posibilidad de imponer una sanción bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva, la cual, como ya se dijo, se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico colombiano.

4. APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS

La presente actuación administrativa tiene su origen en el informe elaborado por la entidad supervisora del contrato, en el cual se establece un presunto incumplimiento, por parte del contratista. Sin embargo, el informe de supervisión fue elaborado sin tener en cuenta que el día 18 de abril de 2024, en cumplimiento de lo ordenado en la audiencia No 1 del proceso de presunto incumplimiento del 10 de febrero de 2023 adelantado por la Entidad UAE- DIAN contra el nuevo contratista UT NUEVA LOGISICTICA del contrato de operación logística No 159 de 2022, se realizó vía teams el Comité Técnico con los Directores Seccionales de las ciudades antes citadas y otros, llegando a la conclusión de aceptación de la Homologación de los recintos de almacenamiento propuestos por la Unión Temporal Nueva Logística, tal y como consta en la siguiente acta:

REUNIÓN COMITÉ TÉCNICO CONTRATO 00-159 DE 2022 ENTRE LA SUBDIRECCIÓN LOGÍSTICA, GERENTE DE UT NUEVA LOGÍSTICA Y DIRECTORES SECCIONALES DE BIRIDA, YOPAL, ARMENIA, MANIZALES, VILLAVICENCIO Y PUERTO ASÍS

LUGAR:	VIA TEAMS
FECHA:	ABRIL 18 DE 2023
HORA:	DE 1:30 PM A 4:00 PM
ASISTENTES:	
 Jorge Buitrago Moreno Murillo Asesorado  Juan Camargo Martínez Estrada Asesorado  Kathy Cecilia Inmanza Petro Asesorado  Rafael Arboleda Arboleda Asesorado  Yamir Maza García Hoyos Asesorado  Martha Lucía Osorio Alzate Asesorado  Eduardo De Jesús García Viquez Asesorado  TN Ronald Velez Gonzalez Nieves Asesorado	 Martha Lucía Cardona Cortez Desconocido  Clara Ines Tavera Ortiz Desconocido  Madeleine Marchola Baracaldo Desconocido  Ricardo Acevedo Beltrán Desconocido  kattiadaza@utnuevalogistica.com Desconocido

En cumplimiento del compromiso de pasada Audiencia nro. 1 del Proceso de Presunto Incumplimiento realizada el 11 de abril de 2023 que se adelanta por la entidad UAE DIAN contra el nuevo contratista UT Nueva Logística del Contrato de Operación Logística nro. 159 de 2022, donde se ordenó la práctica de una prueba consistente en: "Realizar Comité Técnico con los Directores Seccionales de Armenia, Manizales, Villavicencio, Inirida, Puerto Asís y Yopal que a la fecha no han aceptado homologaciones, ni ofrecimientos in situ de bodegas".

Se realiza reunión vía Teams el día 18/04/2023 con los Directores Seccionales referidos, con las siguientes conclusiones:

Armenia	La Directora Seccional acepta homologación de la bodega aceptada en la ciudad de Pereira
Manizales	La Directora Seccional acepta homologación de la bodega aceptada en la ciudad de Pereira

Página 1 de 2

Villavicencio	La Directora Seccional el día 17 de abril de 2023 remitió correo electrónico a la Gerente General de UT Nueva Logística aceptando homologación de la bodega aceptada en Bogotá, manifestación reiterada en la reunión celebrada el día de hoy.
Inirida	El Director Seccional manifestó que no requiere bodega para almacenamiento
Puerto Asís	La Directora Seccional manifiesta aceptar la homologación de la bodega aceptada en Ipiales y la Gerente de UT Nueva Logística se comprometió a contactar al propietario del inmueble donde actualmente se encuentran las mercancías cadena ADA para contratar el arrendamiento de esa locación.
Yopal	La Directora Seccional manifiesta que va a aceptar la entrega del Patio ofrecido por la UT Nueva Logística. Igualmente manifestó que va a aceptar homologación de bodega cubierta en Bogotá. Igualmente, la Subdirección Logística comisionará a los doctores Ricardo Acevedo y Alexander Beltrán los días 24 al 26 de abril a la ciudad de Yopal con el fin de coadyuvar en la normalización de los servicios de almacenamiento, acompañar a la Seccional en la verificación de un inmueble ofrecido por la UT NL para el almacenamiento en patio en la misma región y comprometer al contratista a las adecuaciones para el traslado.

Página 2 de 2

Que, en virtud de la anterior aprobación, la Unión Temporal Nueva Logística procedió a la implementación de la Homologación y al traslado de las mercancías de las Direcciones Seccionales de Armenia y Manizales al recinto de almacenamiento de Pereira, las de Villavicencio a la ciudad de Bogotá y las de Puerto Asís a la ciudad de Ipiales. Igualmente soportó en el procedimiento de presunto incumplimiento, como evidencia, el acta de comité técnico del 18 de abril de 2023, en donde se efectuó la aprobación de las homologaciones ofrecidas en el marco de las disposiciones establecidas en el anexo técnico No 1 del contrato 159 de 2022.

Que conforme a lo expuesto, la Subdirección de Compras y Contratos concluyó que la mora en el cumplimiento de la obligación de disponer de bodegas en las ciudades de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís, entre otras que cumplan con 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 del contrato No 00-0159-2022, se encuentra a la fecha superada.

Que, en consecuencia, de lo anterior, la Dirección de Compras y Contratos ordenó mediante acto administrativo motivado No 006062 del 26 de julio de 2023, la terminación y archivo del proceso adelantado por el presunto incumplimiento de la obligación de disponer de Bodegas en las ciudades de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís, entre otras.

En este sentido, para el caso de autos, le es aplicable la doctrina *venire contra factum proprium*, en la que se protege a la parte o partes que actuaron de buena fe, como la que tuvo el contratista en la ejecución del contrato 159 de 2022 conforme a la aprobación de la entidad partes, de las alteraciones al estado inicialmente considerado en un momento determinado por uno o varios sujetos, con la finalidad de proteger la confianza que radica en cabeza del sujeto.

Al respecto, el doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en su libro sobre LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS, ha determinado:

"(...) en guarda de la evitación de actuaciones lesivas de intereses dignos de tutela y salvaguarda, proscriben que se pueda alterar la base o el estado primigenio tomado en consideración en un momento determinado por uno o varios sujetos, esto es el acto original que, por su explicitud, eco o dinámica, suscito confianza en cabeza suya, circunstancia que, por regla general, debe ser preservada hasta donde sea posible. De allí que sea imperativo arbitrar mecanismos encaminados a privar de eficiencia a la actuación o conjunto de actuaciones ulteriores constitutivas de sorpresa por parte de quien creyó, de buena fe, que dicha situación se mantendría, en consonancia con la coherencia comportamental que, en si misma, se espera que se conserve inalterada (constantia)."

En conclusión, la presente actuación administrativa tiene un origen erróneo o viciado, por cuanto, el informe de supervisión, que le dio origen, fue elaborado con parámetros no aplicables, en la actualidad, al contrato No. 159 de 2022 toda vez que los parámetros que sirvieron para la elaboración del informe fueron modificados por las partes con el consentimiento, incluso del supervisor del contrato, este último en representación de la entidad asegurada. Por lo anterior, conforme a la doctrina de actos propios aplicable al presente contrato por obrar la entidad contratante, el interventor y el supervisor del contrato, sin desconocer las aprobaciones realizadas el día 18 de abril de 2024, no es de recibo aplicar lo establecido en el informe de supervisión gracias a que desconoce las obligaciones adquiridas, por las partes, con posterioridad.

La Figura de la homologación está prevista en el numeral 2.6 del Anexo Técnico No 1 en los siguientes términos:

“(...) 2.6 HOMOLOGACIÓN DEL ALMACENAMIENTO, EN UN PUNTO DIFERENTE AL EXIGIDO INICIALMENTE EN EL CONTRATO.

Cuando el Contratista no cuente con bodega de almacenamiento en una de las ciudades exigidas en el contrato, podrá proponer su homologación en otro lugar, caso en el cual la DIAN se reservará el derecho de aceptar dicha propuesta; el Contratista deberá presentarla, inicialmente al respectivo Director Seccional, en un plazo no superior a treinta (30) días calendario a partir del inicio de la ejecución del contrato; una vez recibida la propuesta, el Director Seccional tendrá un plazo máximo de quince (15) días calendario para responder si acepta o no dicha propuesta; si el Director Seccional aprueba, de forma inmediata el Contratista la presentará al supervisor del contrato en el Nivel Central, acompañada del soporte de aprobación del Director Seccional, quien tendrá un plazo no superior a tres (3) días hábiles a partir del día siguiente a su recibo, para aprobar o negar esta solicitud.

Si el Contratista opta por ofrecer la homologación del servicio de almacenamiento, de una determinada ciudad en otro lugar del territorio, los gastos adicionales de transporte que se ocasionen por almacenar las mercancías del lugar de homologación correrán por cuenta del Contratista.

Lo anterior quiere decir que, la DIAN reconocerá los gastos de transporte que correspondan a la jurisdicción de la Dirección Seccional que requiere el almacenamiento (como si la bodega estuviese ubicada en la ciudad inicialmente exigida por la DIAN para el almacenamiento) y los gastos adicionales para llevar las mercancías al punto de homologación ofrecido por el Contratista, serán asumidos por este.

El contratista se obliga a trasladar las mercancías al lugar de almacenamiento homologado, de manera inmediata, una vez las reciba de parte de la DIAN. (...)”.

Que el literal f del Acápito de “Datos de referencia” del Anexo Técnico No 1 del contrato 159 de 2022, Páginas 97 y 98 precisa, el alcance y las condiciones de la Homologación de la siguiente manera:

“(...) Se podrá homologar la operación Logística de una o varias ciudades en otros puntos cercanos, previa autorización de la DIAN, siempre y cuando lo anterior no

limite o afecte la prestación del servicio en todas y cada una de las ciudades relacionadas en el presente numeral.

*Si por algún motivo el Contratista opta por ofrecer la homologación del servicio, de una determinada ciudad a otro lugar del territorio, los gastos adicionales de transporte que se ocasionen para almacenar las mercancías de la ciudad homologada, **durante el desarrollo de la ejecución del contrato**, correrán por cuenta del Contratista. (subrayas y negritas fuera texto).*

Lo anterior quiere decir que, la DIAN asumirá los gastos de transporte que correspondan a la jurisdicción de la Dirección Seccional que requiere el almacenamiento y los gastos adicionales para llevar las mercancías al punto de homologación ofrecido por el Contratista, serán asumidos por este (...)"

Como se puede observar, la Unión Temporal Nueva Logística haciendo uso de su derecho de ofrecer recintos de almacenamientos homologados conforme al procedimiento de aprobación previsto en el anexo técnico No 1 cumplió con la obligación contractual de "contar con áreas suficientes para la prestación del servicio, de acuerdo con las necesidades que la DIAN requiera durante la ejecución del contrato", circunstancia que fue debidamente comprobada y avalada por la misma DIAN y en consecuencia tuvo como resultado la terminación y archivo del procedimiento de presunto incumplimiento.

Así las cosas, conforme a lo expuesto, nótese como pretende la supervisión del Contrato de Operación Logística 159 de 2022, desconocer los propios actos de la Entidad que ratificó el cumplimiento de las obligaciones del contratista con la alternativa de ofrecer recintos de almacenamiento homologados debidamente aprobados por las Direcciones Seccionales en comento y ratificado mediante acto administrativo ya citado.

Es preciso mencionar que bajo el principio de la Buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional, el contratista confió en las actuaciones de la DIAN, quien tienen la obligación de salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima, que en palabras de Corte Constitucional (sentencia C-131/04) consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar.

La confianza legítima hace parte además de la buena fe objetiva, que también es estudiada en la misma sentencia C-131/04:

En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.

La confianza legítima conduce a la teoría del acto propio que busca establecer bajo qué supuestos se transgrede el principio de la confianza legítima, es más, puede decirse que la confianza es el bien jurídico que se protege en la aplicación de dicha teoría.

La Corte Constitucional en la sentencia T 295 de 1999 se refirió en los siguientes términos a la teoría de los actos propios:

Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el

ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

(...)

El respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

En la Sentencia 2001 0457 del 24 de enero de 2011, Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena, la Corte Suprema de Justicia estableció los requisitos para la procedencia de la teoría de los actos propios:

Bajo tales parámetros, oportuno resulta asentar que si bien jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio.

La Corte Constitucional en la sentencia T 122 de 2015 señaló:

6.5.2. Lo anterior implica que las autoridades y los particulares en el curso de sus relaciones jurídicas, deben adecuar su comportamiento a los mandatos de honestidad y lealtad, y responder a las expectativas que generaron en los demás sus actuaciones previas.

6.5.3. Una de las facetas del principio de buena fe es el respeto por el acto propio, cuya teoría tiene origen en el “Venire contra pactum proprium nellí

conceditur". Su fundamento radica en la confianza que un sujeto principal ha despertado en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada por ese sujeto principal. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria del sujeto principal^[31].

6.5.4 Así las cosas, dicho principio le impone como prohibición a ese sujeto principal, irse contra su propio acto. Se convierte entonces en una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias, podrían ser ejercidos lícitamente, "en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho"

(...) tal y como lo ha explicado este Tribunal Constitucional, el respeto por los actos propios, siempre que se cumplan los requisitos dispuestos por la jurisprudencia, **convierte en imposible el hecho de que Electricaribe, en el caso concreto, desconozca sus actuaciones previas, con base en las cuales ha generado en otros una situación particular y concreta.** (Resaltado nuestro).

Así las cosas, a la luz del derecho no era procedente que la entidad desconociera sus propios actos, máxime cuando estos provinieron del supervisor del contrato que, de conformidad con el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 es la persona encargada por la entidad estatal contratante de realizar el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato.

El contratista en virtud del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional confió en las actuaciones de la DIAN, quien tienen la obligación de salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima, que en palabras de Corte Constitucional (sentencia C-131/04) consiste en *que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico*

estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller[11], este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

La confianza legítima hace parte además de la buena fe objetiva, que también es estudiada en la misma sentencia C-131/04:

En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De

igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.

La confianza legítima conduce a la teoría del acto propio que busca establecer bajo qué supuestos se transgrede el principio de la confianza legítima, es más, puede decirse que la confianza es el bien jurídico que se protege en la aplicación de dicha teoría.

La Corte Constitucional en la sentencia T 295 de 1999 se refirió en los siguientes términos a la teoría de los actos propios:

Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

(...)

El respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

En la Sentencia 2001 0457 del 24 de enero de 2011, Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena, la Corte Suprema de Justicia estableció los requisitos para la procedencia de la teoría de los actos propios:

Bajo tales parámetros, oportuno resulta asentar que si bien jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio.

La Corte Constitucional en la sentencia T 122 de 2015 señaló:

6.5.2. Lo anterior implica que las autoridades y los particulares en el curso de sus relaciones jurídicas, deben adecuar su

comportamiento a los mandatos de honestidad y lealtad, y responder a las expectativas que generaron en los demás sus actuaciones previas.

6.5.3. Una de las facetas del principio de buena fe es el respeto por el acto propio, cuya teoría tiene origen en el “Venire contra pactum proprium nellí conceditur”. Su fundamento radica en la confianza que un sujeto principal ha despertado en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada por ese sujeto principal. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria del sujeto principal^[31].

6.5.4 Así las cosas, dicho principio le impone como prohibición a ese sujeto principal, irse contra su propio acto. Se convierte entonces en una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias, podrían ser ejercidos lícitamente, “en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho”^[32].

(...) tal y como lo ha explicado este Tribunal Constitucional, el respeto por los actos propios, siempre que se cumplan los requisitos dispuestos por la jurisprudencia, **convierte en imposible el hecho de que Electricaribe, en el caso concreto, desconozca sus actuaciones previas, con base en las cuales ha generado en otros una situación particular y concreta.** (Resaltado nuestro).

Conforme a lo expuesto, no le era dable a la DIAN desconocer las aprobaciones dadas por el supervisor del contrato, porque estaría contraviniendo sus propios actos, como efectivamente ocurrió.

5. VIOLACION AL PRINCIPIO DE ECONOMIA Y PLANEACION

Para el caso que nos ocupa, la Entidad durante la etapa de selección del contratista previó en los documentos definitivos del contrato, la figura de la Homologación de recintos de almacenamiento en lugar distinto al solicitado inicialmente como una opción a favor del contratista, sometida a la aprobación de la Entidad estatal, la cual tiene el objetivo de hacer posible y factible de manera amplia y suficiente el desarrollo del objeto del contrato 159 de 2022 el cual consiste en “(...) Prestar a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, el servicio de Operación Logística Integral, consistente en la administración, depósito, gestión y manejo de: (i) las mercancías Aprehendidas, Decomisadas y Abandonadas a favor de la Nación, así como aquellas que sean producto de las medidas cautelares de Verificación e Inmovilización y, (ii) de los bienes muebles adjudicados a la Nación en procesos de cobro coactivo y concursales.(...)”.

Por lo anterior, al incluirse la figura de la homologación en el numeral 2.6 del anexo técnico del contrato, la Entidad debió prever en el caso de su aceptación, no solo las obligaciones que le correspondía asumir al contratista con su aprobación como la de pagar los *gastos adicionales de transporte que se ocasionen por almacenar las mercancías en el lugar de homologación* sino también las obligaciones correlativas derivadas para la misma Entidad, como lo es el disponer de todos los recursos necesarios para el desarrollo de

su función administrativa como es el caso del desplazamiento de los funcionarios para cumplir con las funciones inherentes a la operación y la previsión y mitigación de los riesgos asociados a la misma.

Por lo anterior, es claro que la Entidad estatal debe propiciar un escenario de acuerdo y discusión con el contratista para acordar medidas que coadyuven a solucionar las diferencias entre las partes en relación con la aplicación de la cláusula contractual de homologación y no pretender vía incumplimiento imponer su entendimiento e interpretación de la misma aduciendo su revocatoria, sin tener en cuenta todos los perjuicios y desequilibrios económicos, que puede causar a mi representada con la consecuente afectación de la propia misionalidad de la DIAN

En el caso que nos ocupa se evidencia la falta de planeación y violación al principio de economía por parte de entidad respecto a la figura de la homologación de recintos de almacenamiento en lugar distinto al solicitado inicialmente como una opción a favor del contratista, y que viola el artículo 20 del decreto 1510.

“Artículo 20. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

- 1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.***
- 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.”***

Al respecto la Jurisprudencia ha expresado: Con ponencia de la Rra. **OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**, del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), expediente Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01 (17767), El principio de economía pretende que la actividad contractual "no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad" (...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de "procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)" En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos

salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración.

6. INEXISTENCIA DE SINIESTRO PARA LA ASEGURADORA POR CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La póliza de cumplimiento emitida por BERKLEY SEGUROS COLOMBIA S.A. en su amparo de cumplimiento tiene la siguiente cobertura plasmada en las condiciones particulares de la póliza:

Sección I. AMPAROS :

1.4 Cumplimiento. Este amparo cubre al Asegurado por **los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable** al tomador/garantizado de las obligaciones emanadas del contrato garantizado".(subrayado y negrilla fuera de texto original)

Como se puede observar, la Unión Temporal Nueva Logística haciendo uso de su derecho de ofrecer recintos de almacenamientos homologados conforme al procedimiento de aprobación previsto en el anexo técnico No 1 cumplió con la obligación contractual de "contar con áreas suficientes para la prestación del servicio, de acuerdo con las necesidades que la DIAN requiera durante la ejecución del contrato", circunstancia que fue debidamente comprobada y avalada por la misma DIAN y en consecuencia tuvo como resultado la terminación y archivo del procedimiento de presunto incumplimiento anterior .

Es claro para el contratista que la homologación de bodegas en lugar distinto a los exigidos en el contrato, no está sometida a temporalidad alguna en el anexo técnico No 1, por lo tanto la aprobación de esta para las Direcciones Seccionales de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís, como se puede apreciar en el documento soporte de la sesión realizada para su aprobación, no se encuentra supeditada a ninguna condición, por lo tanto esta alternativa se encuentra vigente y es contractualmente aplicable, mientras esté en ejecución el contrato 159 de 2022.

La Unión Temporal Nueva Logística se ha pronunciado ante la Supervisión y las Direcciones Seccionales con argumentos que demuestran que en la actualidad se encuentra prestando los servicios de almacenamiento y operación logística para las Direcciones Seccionales de Villavicencio, Armenia, Manizales y Puerto Asís, en condiciones de normalidad y sin afectación alguna al ejercicio de las funciones y misionalidad de la DIAN.

Lo anterior demuestra el cumplimiento de las obligaciones contractuales a la luz del contrato 00-150-2022, pues los recintos de almacenamiento solicitados se encuentran operando con los requerimientos establecidos en el Anexo Nro. 1 y cumplen con las áreas suficientes para la prestación del servicio e inclusive 'cuentan con más área disponible a lo requerido en dicho Anexo Técnico.

DILIGENCIA DE INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS RECINTOS DE ALMACENAMIENTO DONDE SE HOMOLOGAN LAS BODEGAS DE MANIZALEZ, ARMENIA, VILLAVICENCIO, UBICADOS EN LA CIUDAD DE PEREIRA Y BOGOTA:

La subdirección de Compras y contratos practicó la Diligencia de Inspección Administrativa a los recintos de almacenamiento de las ciudades de Pereira y de Bogotá con la finalidad de determinar las condiciones de almacenamiento de las mercancías correspondientes a la operación de las direcciones seccionales de Manizales, Armenia y Villavicencio.

Para el caso de la **bodega de Pereira**, la inspección administrativa se practicó el día 29 de abril de 2024 en la *Entrada 5 Cafelia Cerritos Vía La Virginia*), bodega que fue homologada para recibir mercancías de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales y de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia, y se dejan las siguientes constancias:

“(…) En la bodega la Unión Temporal Nueva Logística tiene mercancías de las Direcciones Seccionales de Pereira, Quibdó, Armenia y Manizales. Se realiza recorrido para verificar las condiciones en las que están siendo almacenadas. El recorrido es realizado con el señor Valentin Cano, Jefe de Bodega. Se observan 5 racks de los cuales el 1 y 2 están dispuestos para las bodegas homologadas (DS Quibdó, Armenia y Manizales) y del 3 al 5 están dispuestas para la DS de Pereira. Para la DS de Quibdó se encuentra 4 posiciones de estibas disponibles, de las cuales 2 están en uso y 2 están libres. Para la DS de Manizales se encuentran 20 posiciones de estiba disponibles, de las cuales 19 se encuentran en uso y 1 está libre. Para la DS de Armenia se encuentran 30 posiciones de estiba disponibles, de las cuales 18 se encuentran en uso y 12 están libres. De otra parte, se observa un rack completo con 73 posiciones de estiba disponibles que se informa están destinadas para el uso de las tres (3) direcciones seccionales homologadas, de acuerdo a la necesidad.

Se aclara que en cada posición caben dos (2) estibas. El Señor Valentín informa que en promedio cada quince (15) días a un (1) mes, se trae un máximo de dos (2) estibas. De los racks no homologados (dispuestos para la DS de Pereira) se visualizan 16 posiciones de estiba desocupadas en el rack 3, 4 y 5. En piso se visualiza espacio en piso con 700 m² de los cuales están ocupados 300 m², de estos, 10m² están siendo ocupados por la DS de Armenia y la DS de Manizales no tiene nada en piso. Se observa también la zona de verificación para la DS de Armenia y DS Pereira. Respecto de la zona del patio, se informa un espacio de 1500 m² y se evidencia la siguiente ocupación: dos (2) vehículos de la DS de Manizales, tres (3) vehículos de la DS de Armenia y tres (3) vehículos de la

DS de Pereira, adicionalmente maquinaria, así: dos (2) de la DS de Armenia, uno (1) de la DS de Pereira y un (1) contenedor de la DS de Pereira, una (1) volqueta de la DS de Armenia, tres (3) excavadoras de la DS de Pereira. Se tomaron fotos de los espacios que se adjuntan al acta.

Respecto del valor de las mercancías almacenadas histórico a partir de febrero de 2023, el supervisor del contrato informa que las mercancías pueden estar almacenadas en la bodega de Pereira, en otros depósitos sin contrato (de la Fuerza Pública) o en los depósitos habilitados cuando se trata de mercancías que van a ser destruidas. (...) "

Así las cosas del análisis de lo encontrado durante la diligencia de Inspección realizada por la Subdirección de compras y Contratos a la bodega de Pereira, se puede concluir que la Unión Temporal cuenta con áreas suficientes para la prestación del servicio de las direcciones seccionales de Manizales y Armenia en bodega y patio , de acuerdo con las necesidades de la DIAN en los términos previstos en el Numeral 4 del **Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA"** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO** del **Contrato No. 00-159-2022** razón por la cual se desvirtúa el presunto incumplimiento del contrato respecto de esta obligación, aunado ello que el almacenamiento mediante homologación fue aprobado expresamente por estas direcciones seccionales lo cual consta en acta del 18 de abril de 2023 aportada al presente procedimiento y que no se ha demostrado que la unión temporal haya causado perjuicio alguno derivado de su acción u omisión.

Tampoco esta contractualmente pactada disposición alguna que permita concluir que la aprobación de la homologación es susceptible de revocación unilateral por parte de la Entidad sobre la base de una presunta afectación del servicio cuya responsabilidad del contratista no ha sido probada.

Por lo anterior la prueba anotada es necesaria y conducente para demostrar que el contratista no ha incumplido la obligación contractual anotada y objeto de reproche por parte de los supervisores del contrato

Para el caso de la **Bodega de Bogotá**, en donde se encuentra homologada la seccional de Villavicencio, Tunja y Sogamoso, la

diligencia de Inspección Administrativa se realizó el día 9 de mayo de 2024 en las instalaciones de la bodega ubicada en el Parque Empresarial San Carlos V- Fontibón, kilometro 11 vía Bogotá – Mosquera y se dejaron consignadas las siguientes anotaciones:

(...) “En la bodega de la Unión Temporal Nueva Logística tienen mercancías de las Direcciones Seccionales de Bogotá, Villavicencio, Tunja y Sogamoso. Se realiza recorrido para verificar las condiciones en las que están siendo almacenadas. El recorrido es realizado con el señor Carlos Andrés Carvajal León, jefe de bodega.

Se observa que la bodega tiene 7.800 M2, los muelles se habilitan para la recepción de las mercancías, independientemente de la seccional que las remita, son 16 muelles, 1 zona de inspección común para todas las seccionales, se evidencian 44 posiciones de estiba habilitadas para Villavicencio, de las cuales están ocupadas 10. Sogamoso ocupa 8 posiciones de estibas, disponibles adicionales por demanda. Tunja ocupa 16 posiciones de estibas, disponibles adicionales por demanda.

En patio, de la seccional de Villavicencio hay 3 montacargas, 1 maquina compactadora, 1 bulldozer, 1 vibro compactadora (estos no se pudieron verificar en sitio por lluvia, pero las cantidades fueron informadas por el supervisor). Manifiesta la apoderada del contratista que de lo conocido en la inspección coincide con lo manifestado en el escrito de descargos, para evidenciar que el contratista ha dispuesto de las áreas y que el almacenamiento se ha realizado en debida forma según los reglamentos de anexo técnico. Agrega que se puede comprobar que el volumen de mercancía almacenada no permite la apertura de almacenamiento independiente, teniendo en cuenta los requerimientos exigidos en el anexo técnico”.

Teniendo en cuenta lo descrito en el acta de inspección administrativa a las instalaciones de la bodega de Bogotá, realizada por la Subdirección de compras y Contratos, y que no se vislumbra observación alguna que denote incumplimiento de las obligaciones del contratista, se puede inferir que la Unión Temporal cuenta

con áreas suficientes para la prestación del servicio de las direcciones seccionales de Tunja, Sogamoso y especialmente Villavicencio en bodega y patio, de acuerdo con las necesidades de la DIAN en los términos previstos en el Numeral 4 del **Capítulo VIII “OPERACIÓN LOGÍSTICA”** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO** del **Contrato No. 00-159-2022** razón por la cual se desvirtúa el presunto incumplimiento del contrato respecto de esta obligación, aunado ello que el almacenamiento mediante homologación fue aprobado expresamente por estas direcciones seccionales, lo cual consta en acta del 18 de abril de 2023 aportada al presente procedimiento y que no se ha demostrado que la unión temporal haya causado perjuicio alguno derivado de su acción u omisión.

Tampoco esta contractualmente pactada disposición alguna que permita concluir que la aprobación de la homologación es susceptible de revocación unilateral por parte de la Entidad sobre la base de una presunta afectación del servicio cuya responsabilidad del contratista no ha sido probada.

Por lo anterior la prueba anotada es necesaria y conducente para demostrar que el contratista no ha incumplido la obligación contractual anotada y objeto de reproche por parte de los supervisores del contrato

Así las cosas, no le asiste a la Aseguradora obligación alguna por concepto de sanciones e indemnización por inexistencia de siniestro.

La aprobación de la homologación en comité técnico del 18 de abril de 2023 por parte de la Dirección Seccional de Manizales y la cual consta en acta aportada como prueba en el presente procedimiento permitió a la Unión Temporal Nueva Logística realizar la prestación de los servicios de almacenamiento para la Dirección Seccional de Manizales en el recinto dispuesto en la ciudad de Pereira de manera permanente e ininterrumpida hasta la fecha y probar dentro del procedimiento de presunto incumplimiento adelantado por el supervisor Nacional en la vigencia 2022, el cumplimiento de la obligación contractual prevista en Numeral 4 del **Capítulo VIII “OPERACIÓN LOGÍSTICA”** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO** del **Contrato No. 00-159-2022** y el correspondiente archivo de la actuación administrativa sancionatoria mediante la resolución No 6062 del 26 de julio de 2023 por el presunto

incumplimiento de la obligación de disponer de bodegas de Armenia, Manizales, Villavicencio y puerto asís, actuación abiertamente contradictoria con la presente actuación administrativa sancionatoria que versa sobre los mismos hechos ya debatidos en tal oportunidad. (vulneración del principio NON BIS IN IDEM- Juzgamiento por los mismos hechos reprochados y que fueron objeto de archivo por la Entidad toda vez que no se probó el incumplimiento de la obligación contractual objeto de reproche).

En la audiencia celebrada en sesión 12 del 21 de mayo de 2024, la Subdirección de Compras y contratos de la DIAN, ordenó la práctica de la prueba de peritaje financiero en los siguientes términos:

“ordena prueba pericial solicitada por la apoderada del contratista, la cual deberá ser asumida por quien solicita la prueba y entregada en la siguiente audiencia. Se recomienda que esta sea integral, es decir que se incluya la totalidad de las bodegas y no parcial, de las bodegas objeto de homologación.

La apoderada del contratista solicita que la reanudación de la audiencia se programe para dentro de 30 días hábiles, porque necesitan escoger el perito para hacer el análisis de toda la operación. Solicitan reanudación de la audiencia el 08 de julio de 2024 y ese día se entregaría la prueba y se presentarían los alegatos de conclusión.

La apoderada de la aseguradora solicita que la prueba pericial se presente el 08 de julio de 2024 y se de 1 o 2 días para conocerla antes que se reanude la audiencia para alegatos de conclusión”

De acuerdo a lo anterior, la Unión Temporal Nueva Logística contrató los servicios del doctor Daniel Arcila Ramos, economista en ejercicio, con tarjeta profesional No. 25544 expedida por el Consejo Profesional de Economía, domiciliado en la ciudad de Bogotá, D.C., designado como perito financiero.

El objetivo del peritaje financiero fue la expedición de un concepto técnico para determinar la viabilidad económica y financiera de la apertura de recintos de

almacenamiento en las ciudades de Manizales, Armenia Puerto Asís y Villavicencio sin causar pérdidas económicas a la Unión Temporal Nueva Logística y sin poner en riesgo la estabilidad económica de las actividades de almacenamiento que se desarrollan en virtud del presente contrato.

El informe elaborado por el perito fue enviado a la Subdirección de Compras y Contratos, mediante correo electrónico del 8 de julio de 2024, el cual fue presentado en audiencia el 10 de julio de 2024 en la Sesión No. 13, en donde el Dr. Daniel Arcila expuso su concepto especializado en audiencia, concluyendo lo siguiente:

“(...) la apertura de las bodegas en las ciudades referidas, representan un alto riesgo de efectos negativos en los resultados económicos de la Unión Temporal, derivado de unos mayores costos y gastos frente a los ingresos obtenidos por la operación y a cambio, es viable mantener el mecanismo de homologación en esas ciudades, figura contractualmente pactada que representa beneficios en eficiencia económica, operación y logística que aunque representa costos adicionales para el contratista, éste, en la actualidad ha planeado adecuadamente para mitigar el impacto en la ejecución del contrato.

Sumar más recintos de almacenamiento a la planificación financiera ya efectuada por el contratista sin los ingresos y la facturación necesaria, lleva al contratista a asumir más pérdidas y por consiguiente va en detrimento del derecho a la utilidad que debe orientar cualquier actividad económica inclusive la que se presta al Estado.”

Ante la exposición del concepto técnico efectuado por el doctor Arcila la subdirectora de compras y contratos doctora Cielo Alexandra Vega Navarro solicitó la ampliación del peritaje financiero en el siguiente sentido:

"1. Incluir el análisis del histórico de los meses de enero a abril de 2024 y todo el año 2023, establecido en el punto 1 del dictamen. Análisis de facturación vs costos.

2. En el punto 3 ampliar el ejemplo económico de bodegas 2023, a las ciudades donde se encuentran homologadas las bodegas de las Seccionales de Villavicencio, Manizales, Armenia y Puerto Asís. Serían Pereira y Bogotá.

Se otorga hasta el 12 de agosto de 2024 para la entrega del alcance ordenado en la presente sesión".

La ampliación del peritaje financiero se expuso en sesión No. 14 de la audiencia y se desarrolló bajo 2 metodologías:

"(...)

1) Costos Estimados. De la misma manera que se hizo en el primer informe pericial.

2) Costos prorrateados con la operación actual desarrollada en las bodegas principales de Pereira, Bogotá, Ipiales (...)"

Como conclusión se estableció:

"(...) En calidad de mi ejercicio profesional y técnico-financiero, la Unión Temporal me ha compartido y suministrado información financiera sensible en virtud y exclusivamente de conocimiento dentro del proceso que se adelanta en este informe técnico pericial y que será utilizado única y exclusivamente para llevar a cabo y cumplir con actividades y obligaciones que expresamente me han sido conferidas por la Unión Temporal, por lo cual el peritaje financiero está sometido a reserva, por tanto se solicitó no publicar el documento en Secop II por contener información correspondiente a la operación de la UT Nueva Logística.

En la evaluación y revisión de complementación se mantiene la conclusión inicial en el sentido que los argumentos, documentos y soportes que he tenido a la vista, me permiten afirmar que la apertura de las bodegas en las ciudades referidas, representan un alto riesgo de efectos negativos en los resultados económicos de la Unión Temporal, derivado de unos mayores costos y gastos frente a los ingresos (facturación) obtenidos por la operación y a cambio, es viable mantener el mecanismo de homologación en esas ciudades, figura contractualmente pactada que representa beneficios en eficiencia económica, operación y logística que aunque representa costos adicionales para el contratista, éste, en la actualidad ha planeado adecuadamente para mitigar el impacto en la ejecución del contrato.

Adicionalmente, como se informó los resultados económicos consolidados de la operación presentan pérdidas netas por encima de los \$8.000 millones de pesos para el año 2023, que en consideración financiera ninguna unidad de explotación económica está dispuesta a asumir”.

Expuestos los argumentos por parte del perito financiero, se puede determinar que la prueba pericial es conducente y pertinente para probar que la apertura de las bodegas en Manizales, Armenia y Villavicencio no sería viable desde el punto de vista financiero y económico dadas las condiciones de la operación. Causando así pérdidas para la unión temporal las cuales no está en la obligación de soportar, y estaría la entidad llevando al contratista a un escenario en el cual podría verse comprometida el desarrollo eficiente y adecuado de la operación.

7.FALTA DE ACREDITACIÓN DE UN PERJUICIO INDEMNIZABLE A LA LUZ DEL CONTRATO DE SEGURO.

En cuanto a la posible afectación del amparo de cumplimiento, se advierte que tal cobertura opera, siempre y cuando, el Asegurado demuestre de forma inequívoca que **sufrió algún perjuicio directo, como consecuencia del incumplimiento imputable de forma exclusiva al Tomador del seguro, cuantificando en debida forma el mismo.**

El solo incumplimiento no conlleva al reconocimiento de una indemnización, teniendo en cuenta el principio indemnizatorio del contrato de seguro.

Por lo tanto, para acceder a cualquier tipo de indemnización con cargo al citado amparo, es necesario que el Asegurado demuestre, **además del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Tomador de la póliza**, la existencia de un **perjuicio directo, efectivamente sufrido**, como consecuencia de la conducta desplegada por el contratista, mediante el envío de las pruebas idóneas que considere para tal fin, tales como: **nuevos contratos, soportes de pago, facturas de compras**, etc.; que comprueben en forma inequívoca, su asunción por parte del beneficiario del contrato de seguro; sin que medie ninguna causal eximente de responsabilidad a favor del contratista- tomador.

En este punto se precisa que corresponde al concepto de perjuicio previamente aludido, aquel detrimento patrimonial padecido por el asegurado, representado, por ejemplo, en la asunción de mayores costos a los inicialmente previstos para la ejecución y/o terminación de los trabajos objeto del contrato, lo cual no se comprueba con la documentación aportada.

Soportando un poco más lo señalado, vale la pena resaltar que la doctrina define como “perjuicio directo”:

“Las Erogaciones que ha debido asumir el acreedor (contratante) y que no le hubiera correspondido asumir en caso de no haberse el incumplimiento del deudor (contratista).

En este sentido, el daño resarcible presenta unos contornos más restringidos en las pólizas de seguro de cumplimiento con respecto a aquel que es propio de la responsabilidad contractual”⁷.

En palabras del Doctor Narváez Bonnet respecto a la materialización del perjuicio se tiene que:

⁷ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo, El Seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones, Editorial Ibañez, 2011. Pag 433

“Se recuerda que el perjuicio o daño debe ser cierto, esto es, que su existencia se encuentre comprobada, que materialmente pueda constatarse su entidad y contenido”

Al respecto resulta de importancia resaltar lo que para el efecto ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(...) es menester de la Subsección reiterar que además de demostrar el incumplimiento de la parte, es necesario y condición sine qua non para la prosperidad de las pretensiones la acreditación del perjuicio de dicho supuesto.”⁸

(...) En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediabilmente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación⁹.

(...) En síntesis, si el acreedor omite probar la existencia del daño y la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediabilmente condenada al fracaso.”¹⁰

De la anterior cita se podría concluir sin mayor análisis al respecto que (i) no todo incumplimiento genera per se un daño y, (ii) corresponde al acreedor probar la existencia y cuantía del perjuicio del cual pretende su indemnización.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 18 de mayo de 2017, Exp. 44286, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección, Sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 25131. Reiterado en fallo de 26 de marzo de 2014, Exp. 22831., citado en la Sentencia del 18 de mayo de 2017, Exp. 44286, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 18 de mayo de 2017, Exp. 44286, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

En este orden de ideas, se resalta que LA DIAN en su escrito no acreditó, como era su deber jurídico y contractual, de qué manera los presuntos incumplimientos de UT-NUEVA LOGISTICA generaron los supuestos perjuicios.

Finalmente, se resalta que, en caso de no materializarse un perjuicio, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Tomador/Garantizado, no se podrá afectar el amparo de cumplimiento, teniendo en cuenta que no es su finalidad el pago de una suma de dinero como resultado del solo desconocimiento de los compromisos contractuales del Tomador/Garantizado, pues se rompería el principio indemnizatorio propio del seguro.

Para mayor claridad, se transcribe el aparte pertinente de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria, Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas, que al respecto señala:

“Los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños- implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, **el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivo de un daño**, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita...” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, no existiendo prueba del perjuicio que se pretende reclamar, no resulta posible el pago de una indemnización, con sustento en el amparo de cumplimiento materia del presente análisis.

8.RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA HASTA EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO PARA EL AMPARO AFECTADO

Como quiera que la Póliza de Cumplimiento que nos ocupa contiene varias coberturas, frente al caso de la presente actuación administrativa, la responsabilidad de la aseguradora se debe limitar al monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar, sin perjuicio de estimar los saldos a favor del contratista para que se compense, y así, mediante la

deducción de esos saldos a favor debe imputársele al contratista el valor de la eventual sanción, en términos tanto legales como contractuales.

Igualmente, es necesario precisar que en términos del artículo 1077 del Código de Comercio, el contrato de seguros al ser netamente indemnizatorio, se entiende que en esa medida, deberá establecerse con precisión el monto de la cuantía a afectar, y en ese sentido, reitero que en todos los casos debe procederse a deducir de las sumas que se encuentran a favor del contratista, el monto de la sanción que se llegare a imponer como compensación del daño, en los términos tanto legales como del contrato de seguros.

9. COASEGURO

Es menester tener en cuenta que los coaseguradores no son solidariamente responsables y, en tal sentido, en el remoto evento que se condenara a mi representada, la condena no podría exceder del 50% del valor de la condena que por concepto del amparo de cumplimiento se le impusiera al afianzado. Respecto de la institución del coaseguro, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto 2008062500-001 del 30 de octubre de 2008, manifestó:

“Ahora bien, desde la perspectiva propia del contrato de seguro regulado en nuestro Código de Comercio se observa que la mencionada figura solo tendría en común con el coaseguro la posibilidad que tienen los aseguradores de distribuirse entre sí el riesgo asegurable. En efecto, el artículo 1095 del Código de Comercio define el coaseguro como aquel “...en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro.”

No obstante, en materia de la responsabilidad, en tanto que en el consorcio ésta es de carácter solidario, en el coaseguro, por aplicación del artículo 1092, cada asegurador responde en proporción al riesgo que asume en el contrato”¹¹.

Respecto al coaseguro ha dicho la jurisprudencia:

COASEGURO - Definición. Indemnización proporcional a la cuantía asegurada por cada aseguradora. Consecuencias del coaseguro de un asegurador respecto a la indemnización.

“La ley comercial ha definido el coaseguro como la distribución que hacen dos o más

¹¹ <http://www.superfinanciera.gov.co/>

aseguradoras con el beneplácito del asegurado de un seguro y al cual le son aplicables los principios comunes de los seguros de daños sobre coexistencia de seguros. En efecto, el artículo 1.095, dispone que "Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro".

Por consiguiente, para que haya coaseguro además de la diversidad de aseguradores, identidad de asegurado, identidad del interés asegurado e identidad del riesgo se requiere la aquiescencia previa o la petición del asegurado (arts. 1.094 y 1.095). De otra parte, para efectos indemnizatorios cada coaseguradora se entiende que concurre conforme a su importe y por tanto las obligaciones que asume cada coaseguradora no se torna en relación con las otras coaseguradoras en obligaciones solidarias que impliquen que, si alguna paga la indemnización total pueda reembolsarse en términos del artículo 1.096 ibídem, sobre la subrogación.

Recuérdese además que el artículo 1.092 ibídem establece que "En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado EN PROPORCIÓN A LA CUANTÍA de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad."¹²

10.COMPENSACIÓN

Sin perjuicio de lo anterior, solicito respetuosamente a la entidad que, en el eventual caso de imponer una sanción al contratista, en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista, y que al momento de efectuar pago al contratista se descuente las sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta, así figura expresamente dentro de las condiciones generales de la póliza No. 62667:

3.4.COMPENSACION

Si la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o con posterioridad a este o del resultado de la liquidación del contrato y anterior al pago de la indemnización, fuere

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Radicación número: 13001-23-31-000-1993-3632-01 (13632). Actor: COMPAÑÍA DE SEGUROS FÉNIX DE COLOMBIA S. A. Demandado: EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA (FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA DE PUERTOS DE COLOMBIA). Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

deudora del contratista por cualquier concepto, se aplicará la compensación y la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, según la ley, de conformidad con lo señalado en los Artículos 1714 y subsiguientes del Código Civil.

Igualmente, se disminuirá del valor de la indemnización, el valor correspondiente a los bienes que la entidad estatal contratante asegurada haya obtenido del contratista, sea judicial o extrajudicialmente, en ejercicio de las acciones derivadas del contrato cuyo cumplimiento se garantiza por medio del presente seguro.

En efecto, la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o en cualquier momento posterior a dicho conocimiento y anterior al pago de la indemnización, si fuere deudor del contratista garantizado por cualquier concepto, la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, siempre y cuando estas sean compensables según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y ss. del Código Civil, y por lo tanto, los montos aquí compensados se disminuirán del valor de la indemnización.

En ese sentido, solicitamos que en caso de una eventual sanción, se aplique la compensación de acuerdo como lo ordena la ley y el contrato de seguro y como consecuencia se disponga la no afectación de la póliza dentro del acto administrativo de decisión del presente proceso administrativo sancionatorio por compensación de las obligaciones.

PETICION

Con base a los argumentos de defensa anteriormente expuestos solicitamos respetuosamente a la Administración :

1. Se revoque el acto administrativo No. 12240 del 18 de diciembre de 2024 por no encontrarse acreditado el incumplimiento del contratista con base a los argumentos expresados a lo largo de la actuación.
2. En caso contrario y de ser confirmada la resolución No. 12240 de fecha 18 de diciembre de 2024 solicitamos se aplique la figura de la compensación tal y como lo dispuso el acto administrativo en su numeral tercero de la parte resolutive :

“ARTICULO TERCERO: *De no pagarse la suma prevista en el artículo segundo a favor de la entidad en el plazo indicado , se ordena descontar de las sumas adeudadas al contratista el valor establecido en el artículo segundo a título de compensación.”*

3. En el evento en que quede en firme la afectación de la Póliza por la no compensación ordenada en el artículo tercero y se deba proceder a la afectación de la Póliza No. 62667 se proceda a la vinculación de NACIONAL DE SEGUROS S.A. en debida forma en virtud del coaseguro existente tal y como lo exige la ley a la presente actuación administrativa sancionatoria en virtud del debido proceso y derecho de contradicción que le asiste y conforme como lo señala el acto administrativo resolución No. 12240 de fecha 18 de diciembre de 2018 en su numeral CUARTO de la parte resolutive al disponer :

“ARTICULO CUARTO: *El presente acto administrativo declara para todos los efectos legales el siniestro de incumplimiento del contrato 00-259-2022 . Por lo anterior de no ser posible dar aplicación a lo establecido en el artículo tercero , para el cobro de la suma ordenada en este acto administrativo, se ordena hacer efectivo la Garantia unica de seguros de cumplimiento No. 62667 expedida el 18 de noviembre de 2022 por el garante BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. (50%) con NIT. 900814916-1 y coaseguro NACIONAL DE SEGUROS S.A. (50%) NIT. 860,002,527-9 a titulo de prestación asegurada del contrato No. 00-159-2022.”*

PRUEBAS

Solicito se tenga como prueba las siguientes:

- I. Se tenga como prueba el recurso de reposición presentado por el contratista en la presente diligencia.
- II. Se certifique por la entidad los saldos a favor del contratista .
- III. Se coadyuva las pruebas solicitadas por el contratista y practicadas en la presente actuación en aras de desvirtuar el presunto incumplimiento y la imposibilidad de imponer sanción.

NOTIFICACIONES

La suscrita apoderada autoriza proceder a efectuar toda clase de citaciones y notificaciones al correo electrónico stellabotia@ajuridicas.com y/o a mi oficina de abogada en la ciudad de Bogota Calle 145ª NO. 13-21 OFICIna 205.

En ese sentido doy por terminado el RECURSO DE REPOSICION en
representación de los intereses de BERKLEY SEGUROS COLOMBIA S.A.
reiterando la imposibilidad de afectar la póliza de seguros No. 62667.

Cordialmente,

STELLA BOTIA RUIZ

C.C..22.789.567

T.P. No. 106650 del C.S.J.