

Bogotá, D.C. 13 de Enero de 2025

Doctora

Cielo Alexandra Vega Navarro

Subdirectora de Compras y Contratos

UAE – DIAN.

Asunto: Sustentación Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución 12240 del 18 de diciembre de 2024 -Procedimiento de Presunto Incumplimiento Contractual -artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 – Contrato 159 de 2022.

Respetada Dra. Cielo Alexandra:

JANNETH CAICEDO CASANOVA, identificada como aparece al pie de mi firma, abogada en ejercicio con tarjeta profesional 128.555 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliada en la ciudad de Bogotá, actuando en mi calidad de apoderada de la **UNION TEMPORAL NUEVA LOGISTICA- UT NL**, en la audiencia sancionatoria contractual a la que fue citada mi representada por parte de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN**- por el presunto incumplimiento del contrato 159-2022, de manera atenta sustento ante su despacho el recurso de reposición interpuesto en audiencia pública contra la Resolución 12240 del 18 de diciembre de 2024, mediante la cual se impuso sanción de multa por considerar que la unión Temporal Nueva Logística “*incurrió en mora e incumplimiento parcial del contrato 159 de 2022*”

Es preciso señalar que respecto de las consideraciones y motivaciones de la citada Resolución presentamos nuestra solicitud de revocatoria, toda vez que el despacho al proferir la sanción descrita , Inobservó el principio al debido proceso y el derecho de defensa que deben orientar todo procedimiento administrativo sancionatorio, sin contar que se vulneró igualmente el principio de legalidad pues dicho acto sancionatorio se fundamentó en un hecho nuevo ajeno al informe de supervisión, al pliego de cargos, a las pruebas aportadas y recaudadas durante el procedimiento e incluso se acudió a una falsa motivación del acto además de la interpretación errónea y unilateral de lo establecido en el contrato para declarar probada la presunta mora e incumplimiento parcial que no existe respecto de las actuaciones de mi representada , como se demostrará en los siguientes numerales :

1) EL DESPACHO INCURRIÓ EN LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA POR INEXISTENCIA PREVIA DEL HECHO EN EL CUAL SE SUSTENTÓ LA SANCIÓN DE MORA E INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO 159 de 2022, EN LA RESOLUCIÓN 12240 DE 2024:

El debido proceso es un principio rector en los procedimientos administrativos sancionatorios y contractuales y se encuentra consagrado expresamente en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y reglamentado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 bajo un procedimiento mínimo que deben cumplir las entidades públicas para imponer unilateralmente multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento, tasación de perjuicios y hacer efectiva la cláusula penal en el marco de un contrato.

La jurisprudencia y la doctrina nacional, por su parte, resaltan la necesidad que el contratista, contra quien se sigue un procedimiento sancionatorio contractual, tenga plena garantía del derecho de defensa, contradicción, y al debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.¹

Igualmente la jurisprudencia Contencioso Administrativa ha determinado que a este tipo de procedimientos sancionatorios le son aplicables los principios derivados del derecho fundamental al debido proceso como los son los de: 1) presunción de inocencia, 2) favorabilidad (principio *in dubio pro administrado*), 3) el de legalidad de las sanciones y las penas y ; 4) los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de los hechos sancionados y de las sanciones, en el marco de los fines del derecho administrativo.

Nótese entonces que en tratándose de los procedimientos sancionatorios contractuales, el debido proceso implica que la administración debe:

- Informar al contratista sobre los hechos que se le imputan
- Permitirle que se exprese sobre los hechos y que contradiga las pruebas en su contra
- Garantizar que el procedimiento se adelante ante la autoridad competente
- Asegurar que el procedimiento se realice en un tiempo razonable
- Garantizar que las decisiones sean motivadas
- Permitir que se impugnen las decisiones

Pues bien expuesto lo anterior, en el caso particular que nos ocupa, la administración impuso sanción de multa y declaró el incumplimiento parcial de mi representada 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

¹ Mon, 25 Jan 2021 in *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia* - Diana Lorena Mateus Londoño.

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 pérdida 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, circunstancia flagrantemente contraria al principio del debido proceso expuesto, pues constituye un hecho nuevo no debatido en el proceso, respecto del cual ni el supervisor del contrato, ni mi representada tuvieron oportunidad de referirse.

Nótese como el despacho a folio 34 de la Resolución 12240 del 18 de diciembre de 2024 afirma lo siguiente:

"(...) De la lectura de la clausula citada se puede establecer que el derecho contractual de homologar una bodega en una ciudad distinta a la exigida en el contrato, solo se causaba por aprobación de la DIAN siempre que se cumplieran los siguientes términos y condiciones:

- 1. La proposición de la Bodega en una ciudad distinta debía presentarla el contratista al respectivo Director Seccional, en un plazo no superior a treinta (30) días calendario a partir del inicio de la ejecución del contrato;*
- 2. 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;*
- 3. 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,*
- 4. El supervisor Nacional del contrato tenía un plazo no superior a tres (3) días hábiles a partir del día siguiente a su recibo, para aprobar o negar esta solicitud.*

*Por lo anterior y contrario a lo dicho por el contratista la homologación **si estaba sometida a un termino de transitoriedad en el contrato y si había la fecha límite** pactada por las partes para presentar para consideración de la Entidad esa "homologación" de recintos de almacenamiento a ciudades distintas a las necesarias en las ciudades donde funcionan las Direcciones Seccionales de la Entidad.*

Revisada la actuación se tiene que la Proposición de bodegas en ciudades distintas a Armenia Manizales, Puerto Asís y Villavicencio a efectos de que fuera aprobada su homologación fue presentada por el contratista de manera Extemporánea al plazo pactado.

Sobre esta afirmación se considera de manera respetuosa, que el análisis que hace el despacho del Numeral “(...) 2.6 HOMOLOGACIÓN DEL ALMACENAMIENTO, EN UN PUNTO DIFERENTE AL EXIGIDO INICIALMENTE EN EL CONTRATO al afirmar que la homologación **si estaba sometida a un término de transitoriedad en el contrato y si había la fecha límite** pactada, no es una conclusión que se desprende de la lectura y tenor literal del procedimiento descrito en dicho numeral, pues una cosa es el procedimiento que prevé el contrato para el ofrecimiento y aprobación de la autorización de la homologación y otra es que efectivamente exista una cláusula contractual expresa pactada por las partes en la que se establezca que una vez aprobada la homologación de recintos de almacenamiento del contrato, esta puede limitarse en el tiempo y revocada unilateralmente en cualquier momento por la administración a criterio del supervisor del contrato, circunstancia inexistente en las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.

Continúa el despacho a folio 35 de la Resolución 12240 del 18 de diciembre de 2024 argumentando:

“(...) como el contratista no cumplió con su obligación de solicitar la homologación dentro del término pactado por las partes, no le es dable excusar el incumplimiento imputado invocando tal derecho a la homologación que nunca se causó...”.

Y Agrega el despacho:

*“(...) Dicho de otra forma, el contratista no puede imponer a la DIAN el uso de bodegas en ciudades diferentes a Armenia, Manizales, Puerto Asís y Villavicencio exigidas en el contrato **por que perdió el derecho a esa posibilidad al no haber realizado los tramites que debía adelantar en el plazo acordado. (...)**”*

Lo anterior, es plena prueba que el despacho en su análisis del caso se extralimitó y desbordó toda competencia y principio de legalidad, concluyendo que el contratista no cumplió con el procedimiento y oportunidad para solicitar la homologación de las bodegas cuando dicha cuestión no fue objeto de investigación y mucho menos el documento de formulación de cargos está dirigido a verificar si **el derecho a la homologación se causó o si el contratista perdió el derecho a esa posibilidad**”

Afirmar lo anterior, 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

Entidad mediante diferentes actuaciones y documentos, respecto de lo cual surgieron obligaciones reciprocas para las partes y constituye una situación jurídicamente consolidada en el contrato, así :

	UT NUEVA LOGÍSTICA - UTNL Contrato 159-2022 Informe ciudades homologadas aprobadas.		
ITEM	CIUDAD	DSIA HOMOLOGADA	
1	BOGOTÁ (FUNZA)	SOGAMOSO	
		TUNJA	
		VILLAVICENCIO	
		YOPAL	
		SAN JOSE GUAVIARE	
2	BARRANQUILLA (SOLEDAD)	NA	
3	BUCARAMANGA	BARRANCABERMEJA	
4	CUCUTA	PAMPLONA	
5	CARTAGENA	NA	
6	CALI (YUMBO)	PALMIRA	
		POPAYAN	
		TULUA	
7	IPIALES	PUERTO ASIS	
		PASTO	
8	PEREIRA	ARMENIA	
		MANIZALES	
		QUIBDÓ	
9	ARAUCA	NA	
10	MEDELLIN	NA	
11	MONTERIA	SINCELEJO	
12	LETICIA	NA	
13	INIRIDA	NA	
14	PUERTO CARREÑO	NA	
15	BUENAVENTURA	NA	
16	RIOHACHA	MAICAO	
17	SANTA MARTA	NA	
18	VALLEDUPAR	NA	
19	URABÁ (TURBO)	NA	
20	IBAGUÉ (ESPINAL)	GIRARDOT	
		NEIVA	
		FLORENCIA	
21	TUMACO	NA	
22	YOPAL	N.A (PATIO)	
23	SAN ANDRÉS	NA	

Concluir entonces que las homologaciones de los recintos de almacenamiento, **“nunca se causaron ”** o que mi representada **“perdió el derecho”** por haberlas ofrecido en momentos distintos durante la ejecución del contrato y en especial las de las seccionales de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís, es un argumento falso, no probado y que desconoce la realidad propia del contrato 159 de 2022 y los actos de aprobación y ratificación efectuados por la Entidad a través de los supervisores del contrato ,lo que equivaldría a afirmar que los funcionarios públicos competentes que emitieron dichas aprobaciones respecto de una presunta solicitud extemporánea del contratista, incurrieron en omisión o extralimitación de sus funciones en el marco de la ejecución del contrato.

Debe tener en cuenta el despacho igualmente, que el contrato 159 de 2022 y su anexo técnico No1 no prevén como consecuencia jurídica por la presunta inobservancia del procedimiento de aprobación de las homologaciones la no causación del derecho o la perdida del derecho a la homologación, por lo que no es de recibo que el despacho asigne tal sanción, que se reitera no fue objeto de debate en el marco de este procedimiento y transgrede todo principio de legalidad.

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, circunstancia que contraría la garantía de “Lex previa”, la cual es de carácter absoluto toda vez que su alcance no difiere en el ámbito administrativo (tampoco en materia de contratación estatal) de aquel otorgado en el derecho penal. Al respecto el Consejo de Estado³ ha sostenido lo siguiente:

“(…) Se trata de una materialización concreta del principio de seguridad jurídica al referirse de manera específica a la necesidad de que el comportamiento considerado como infracción y la sanción a imponer estén predeterminadas, o lo que es igual, la imposibilidad de ejercer potestad sancionadora alguna si no existe una norma que con antelación a la comisión de la conducta señale que ésta constituye un ilícito administrativo. En consecuencia, se trata del establecimiento de un mandato: las disposiciones sancionatorias no pueden aplicarse de manera restrictiva, salvo en aquellos supuestos en los que de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución la aplicación de la ley posterior sea más favorable (…) “

Como puede concluirse del principio anotado, no puede la administración sobre la base de una supuesta pérdida del derecho de la homologación por extemporaneidad en la petición y en consecuencia la supuesta inexistencia de esta, declarar que la unión temporal no cumplió con la obligación contractual prevista en el numeral 4 del **Capítulo VIII “OPERACIÓN LOGÍSTICA” del Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO del Contrato No. 00-159-2022⁴**, cuando dicha consecuencia no está prevista expresamente en el contrato, el cual es ley para las partes.

Igualmente debe anotarse que perdió de vista el despacho en su acto administrativo sancionatorio que la extemporaneidad o no de la aprobación bajo el procedimiento pactado no es el debate de este procedimiento administrativo sancionatorio contractual y mucho menos si el derecho de homologación se causó o se perdió

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738).

⁴ *“(…) 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 (…)”

como lo dice la Resolución 12240 de 2024, sino si la unión temporal Nueva Logística incurrió en mora e incumplimiento parcial de la obligación anotada.

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.

También puede establecerse que ante la falta de valoración probatoria por parte del despacho se omitieron hechos que no fueron tenidos en cuenta por la administración y que lógica y consecuentemente hubieran llevado al despacho a una decisión diferente a la proferida como se demostrará más adelante.

Igualmente, la Resolución 12240 del 18 de abril de 2024 contiene una apreciación errónea de los hechos materia de investigación y sanción pues el debate del incumplimiento contractual y la sanción proferida se motivó sobre el hecho de que Unión Temporal Nueva Logística realizó el ofrecimiento de las homologaciones de recintos de almacenamiento de manera extemporánea y que dicha circunstancia hizo nugatorio su derecho haciéndolo inexistente y que en consecuencia, esto conlleva al incumplimiento de la obligación del *Numeral 4 del Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA" del Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO del Contrato No. 00-159-2022* en las ciudades de MANIZALEZ, ARMENIA, VILLAVICENCIO Y PUERTO ASÍS.

Debe señalarse que el despacho obvió conducir el análisis del procedimiento contractual bajo los cargos imputados en el pliego presentado, generando hechos y análisis de incumplimiento contractual no planteados por el supervisor, sin analizar cuáles son las pruebas del incumplimiento contractual de la Unión temporal soportadas en las cláusulas del contrato o por el contrario si la misma se encuentra actuando legítimamente amparada en el mismo y en los hechos, manifestaciones y actos de la administración que generaron seguridad jurídica y confianza legítima en sus actuaciones.

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.

Finalmente, existe una total inobservancia por parte del despacho del principio de favorabilidad o en este caso el INDUBIO PRO ADMINISTRADO pues ante la inexistencia de norma expresa en el contrato que determine la temporalidad de la aprobación de las homologaciones y su revocatoria unilateral en cualquier momento por parte de la administración, el despacho debió haber otorgado al contratista la duda razonable de la existencia de responsabilidad, bajo el amparo de la presunción de inocencia con la única consecuencia posible como lo es la exoneración del cargo de incumplimiento contractual.

No obstante, la subdirección de compras y contratos optó por argumentar la sanción de multa por mora e incumplimiento parcial con fundamento en otro presunto incumplimiento del procedimiento de aprobación de homologación que no solo hace que su solicitud de aprobación sea extemporánea, sino que hace inexistente su derecho a la homologación, lo cual es a todas luces más gravosas para los intereses de la Unión Temporal Nueva Logística.

Por lo anterior la solicitud de revocatoria por inobservancia del debido proceso, el derecho de defensa e inclusive el principio de legalidad se encuentran plenamente demostrados, lo que debe llevar obligatoriamente al despacho a la revocatoria de la Resolución No 12240 del 18 de diciembre de 2024, aunado ello a las circunstancias de falsa motivación del acto administrativo puntualmente señaladas y sustentadas en el presente numeral.

2. DE LA INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL ALEGADA- FALTA DE TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD DE LA SANCION - DESCONOCIMIENTO DEL ACTO PROPIO EMITIDO MEDIANTE RESOLUCIÓN No 006062 del 26 DE JULIO DE 2023 Y LAS AUTORIZACIONES DE HOMOLOGACION EMITIDAS POR LA ENTIDAD.

2.1 De la inexistencia de incumplimiento de la obligación contractual alegada- falta de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la sanción:

Ha sido reiterativa esta defensa durante la actuación administrativa sancionatoria que nos ocupa acudir a la literalidad del contrato 159 de 2022 y en específico a su Anexo Técnico No 1 para demostrar que la Unión Temporal Nueva Logística se encuentra ejecutando el contrato amparado en las disposiciones pactadas y que el presunto incumplimiento alegado por la supervisión del contrato obedece a consideraciones e interpretaciones subjetivas que no tienen asidero alguno en el mismo.

En esta oportunidad me referiré nuevamente a esta circunstancia inequívoca pues constituye ley para las partes; sin embargo, también se demostrará como la Resolución 12240 de 2024 inobservo elementos fundamentales para la imposición de

Sanciones y penas como lo son la TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD de la conducta, que básicamente son el pilar fundamental de la legalidad de la Sanción.

En esta medida, debe iniciarse indicando que la homologación es una cláusula del contrato 159 de 2022, pactada de forma bilateral entre las partes 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. (...)".

Igualmente, el literal f del Acápite 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 puede observarse de las disposiciones transcritas existe total claridad en el anexo técnico No 1 que la Unión Temporal Nueva Logística estaba en el derecho de optar por ofrecer la alternativa de la homologación al no contar con recintos de almacenamiento en algunas de las ciudades donde operan las Direcciones Seccionales de la DIAN, y en esta medida a obtener la autorización de homologación como efectivamente sucedió en las ciudades de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís, como se prueba en el acta del 18 de abril de 2023, aportada por esta defensa al expediente del proceso y de esta manera en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debía disponerse a la consecución de todos los medios, mecanismos e insumos para la prestación de los servicios de almacenamiento, guarda y custodia de mercancías para dichas seccionales en las bodegas de Pereira, Bogotá e Ipiales tal como lo prevé la obligación del Numeral 4 del **Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA"** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO**, esto es con las: áreas suficientes para la prestación del servicio, capacidad en metros cuadrados (bodega y patio) de los recintos homologados, disponibilidad de posiciones en estiba de almacenamiento dedicadas para la operación de la DIAN, entre otras.

Igualmente, más allá del debate sobre la pérdida del derecho de mi representada a solicitar la homologación por la presunta extemporaneidad en su solicitud, el cual debe darse en otro escenario distinto al del presente procedimiento, no puede desconocer el despacho que el incumplimiento reprochado por la supervisión del contrato se centra en la presunta aprobación de las homologaciones **de manera temporal** o con fecha de vencimiento y en **la existencia de facultad del supervisor para revocar de manera unilateral esa autorización** tal y como se realizó mediante el Oficio **100191444-541 de noviembre 8 de 2023** mediante el cual se notificó a mi representada la terminación de la homologación en las ciudades de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís.

Para soportar la terminación Unilateral de la autorización de la Homologación citada, el supervisor Nacional se justificó en comunicaciones de los supervisores seccionales en donde se alegan presuntos perjuicios económicos y legales, falta de competencia para el ejercicio de sus funciones, falta de oportunidad en la notificación de actos administrativos, viáticos, riesgos de diferente Naturaleza para los funcionarios entre otros factores que durante la actuación no pudieron ser atribuidos a la acción u omisión de la Unión Temporal Nueva Logística y que competen única y exclusivamente a la órbita de responsabilidad de la Entidad Estatal.

En este sentido nótese como en la Resolución 12240 del 18 de noviembre de 2024, no se hizo un análisis de fondo, sobre la existencia de cláusula contractual clara y expresa que regule como facultad de la administración la de otorgar autorizaciones temporales respecto de la figura de la homologación y la posibilidad de que esta pueda ser revocada en cualquier tiempo de manera unilateral sin más justificación que su mera afirmación de presuntos perjuicios.

No analizó el despacho si, por el contrario el contrato 159 de 2022 y su anexo técnico otorgan al contratista el derecho a que una vez ha obtenido la autorización de la homologación, este pueda desarrollar las actividades de almacenamiento en lugares distintos a los establecidos en el contrato bajo los postulados de buena Fe contractual y seguridad jurídica, de manera tal que solo su derecho puede ser revocado bajo una justa causa demostrada y probada por la Entidad de manera inequívoca y atribuible directamente a la acción u omisión del contratista en el desarrollo de sus obligaciones contractuales y en pro del interés general.

No es diáfano entonces dentro de la actuación administrativa, cual es la conducta típica cuya transgresión se imputa al contratista pues en el contrato de operación logística 159 de 2022 no está consagrada norma alguna que prevea en materia de Homologación de Recintos de Almacenamiento que los Directores Seccionales en cualquier momento de la ejecución del contrato puedan revocar la autorización de homologación sin justa causa demostrada y el contratista estará obligado a entregar los recintos de almacenamiento cuya autorización se desestime en el lapso de 30 días, como lo solicitó el supervisor Nacional del Contrato y los Seccionales de manera arbitraria y unilateral.

Pues bien, pilar fundamental del derecho Sancionatorio y en este caso contractual se centra en la necesidad de la tipicidad o "lex certa", la cual es una garantía Sustancial que impone a la administración el deber de determinar de manera clara y precisa cual es la infracción administrativa cuestionada sin

lugar a la discrecionalidad de la administración para decidir el contenido del ilícito.

Al respecto la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ describe la tipicidad como una exigencia para el ejercicio del derecho sancionatorio en los siguientes términos:

“(...) La última exigencia es la referente a la necesidad de una “lex certa”, se trata también de una garantía de orden sustancial consistente en que el contenido de la infracción debe ser lo suficientemente claro y preciso para que aquel a quien va dirigida comprenda en que consiste la infracción administrativa.

Es cierto que en el derecho administrativo sancionatorio se permite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que en la labor de subsunción que realiza el operador deben ser concretados; no obstante, la existencia de los mismos no implica discrecionalidad de la administración para decidir el contenido del ilícito, porque como muy bien lo ha sostenido la doctrina, dichos conceptos indeterminados admiten sólo una solución posible, de tal manera que no existe una libertad de elección por parte de la autoridad. Por contera, es inconstitucional (si se trata de la ley) o ilegal (si se trata del desarrollo reglamentario) expresiones vagas que le otorguen al ente sancionatorio la posibilidad de decidir cuál es el contenido del comportamiento prohibido, esto no sólo genera inseguridad jurídica, sino que a todas luces es contrario al principio de igualdad. (...)”

Y expuesto lo anterior esta defensa se pregunta.... ¿cuál es la conducta infringida por el contratista en el caso particular, si el cargo imputado expuesto en el numeral 2.2. de la resolución 12240 de 2024 consiste en el incumplimiento la obligación prevista en “(...) 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

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738).

almacenamiento, controles y verificaciones sobre mercancías y tiempos de rotación por estado de servicio (...)".

Sobre esta obligación, es claro que dentro del procedimiento Administrativo Sancionatorio que nos ocupa, no existe prueba alguna que demuestre que mi representada haya incumplido con esta disposición contractual, más aún cuando dicha obligación hace referencia a tres (3) circunstancias descritas expresamente en su contenido y que dan lugar a su entendimiento en el sentido literal así:

- 1) *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.*

Respecto de esta primera parte del cargo imputado, se demostró por parte de mi representada que los recintos de almacenamiento dispuestos para el almacenamiento de mercancías en las ciudades de Pereira, Bogotá e Ipiales (patio), que homologan los recintos de almacenamiento de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís, cuentan con las áreas suficientes descritas en el anexo Técnico del contrato tal y como se expuso de los folios 31 al 37 del escrito de descargos presentados en la presente actuación y al cual solicito se remita el despacho.

Igualmente, y para determinar si lo anteriormente expuesto en el escrito de descargos correspondía o no a lo manifestado, la Subdirección de Compras y Contratos decreto la prueba de Inspección administrativa en los siguientes términos:

*"(...) **Inspección administrativa a la bodega ubicada en Pereira**, que se encuentra homologada para las Direcciones Seccionales de Manizales y Armenia, ubicada en la Entrada 5 Cafelia Cerritos Vía La Virginia, para el 29 de abril de 2024 a las 10:00 a.m., con el fin de revisar el espacio y las condiciones en las que están siendo almacenadas las mercancías de las Direcciones Seccionales de Manizales y Armenia.*

***b) Inspección administrativa a la bodega ubicada en Bogotá, D.C.**, Parque Empresarial San Carlos V – Fontibón, KM 11 Vía Bogotá – Mosquera, Hacienda Puente Grande, que se encuentra homologada para la Dirección Seccional de Villavicencio con el fin de revisar el espacio y las condiciones en las que están siendo almacenadas las mercancías de la Dirección Seccional de Villavicencio. (...) "*

Ahora bien, Practicadas las pruebas de Inspección Administrativa referidas el despacho emitió dos actas en las cuales constan que las condiciones de almacenamiento son adecuadas y se cuenta con las áreas suficientes y demás requerimientos técnicos del contrato. por lo que puede concluirse que esta Unión Temporal Nueva Logística se encuentra cumpliendo con dicho requerimiento contractual.

Igualmente, al analizar los testimonios de los Directores Seccionales de Armenia, Manizales Villavicencio y Puerto Asís no existe prueba alguna del incumplimiento relacionado con la prestación del servicio y las condiciones de almacenamiento en los recintos homologados, lo cual se ratificó en las actas de Evaluación Bimensual de Julio y agosto de 2024 de las Seccionales de Manizales, Armenia y Villavicencio realizados el 03 de septiembre 2024 y aportadas como prueba de este hecho en el escrito de alegatos finales.

En consecuencia, respecto de esta primera parte del cargo imputado la Unión Temporal Nueva Logística demostró su cumplimiento.

- 2) *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.*

En relación con el deber de 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 anexo técnico No 1 del contrato 159 de 2022, se informa al despacho que la Unión Temporal nueva logística entregó al supervisor del contrato la relación de los recintos de almacenamiento ofrecidos para la prestación del servicio a nivel nacional con toda la información requerida tal y como se despenden de las pruebas y documentos de los procedimientos administrativos sancionatorios archivados mediante las Resoluciones 003881 del 18 de mayo de 2023 y 006062 del 26 de julio de 2023, adelantados y decididos por la Subdirección de Compras y contratos de la DIAN, los cuales se encuentran bajo su archivo y custodia para consulta y análisis.

Sobre este aspecto del cargo imputado es indispensable establecer que el sentido de esta disposición no es dirigido a que el contratista entregue una bodega en cada ciudad donde tenga la DIAN una Dirección Seccional, sino como literalmente se lee es que el contratista haya detallado 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...", hecho que se complementa con el derecho a la homologación del Numeral 2.6 del anexo técnico que prevé que: "...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..."

Así bajo esta lectura armónica e integral del contrato 159 de 2022 y el anexo Técnico, el deber del contratista según la cláusula transcrita, se cumple cuando

al momento de la suscripción del acta inicio del contrato, "...detalló 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 anexo técnico, 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..."

No obstante, lo anterior si el contratista no contaba con los recintos de almacenamiento a nivel nacional, en todas y cada una de las ciudades incluidas en el alcance del anexo técnico, el contrato previó *que este podría proponer su homologación en otro lugar, caso en el cual la DIAN se reservará el derecho de aceptar dicha propuesta.*

Por lo anterior, el contratista al no contar con bodegas en todas y cada una de las ciudades incluidas en el alcance del anexo técnico, acudió a la alternativa contractual pactada y propuso la homologación de los recintos de almacenamiento para el caso de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís en las ciudades de Pereira, Bogotá e Ipiales, lo cual fue aprobado por los Directores Seccionales y el supervisor del contrato el 18 de abril de 2024 en Acta aportada al presente expediente y en ese sentido bajo la buena fe contractual. mi representada efectuó las gestiones pertinentes desde el punto de vista logístico, técnico, económico y financiero para que la operación de almacenamiento de las ciudades de Manizales, Armenia, Villavicencio y Puerto Asís se desarrollara de manera oportuna y eficiente en los recintos homologados bajo la confianza legítima de dicha autorización que arbitrariamente se pretende someter a temporalidad y revocatoria unilateral sin justificación alguna y más grave aún imputando un incumplimiento contractual a mi representada a todas luces inexistente.

Por lo anterior no resulta claro hasta aquí, cual es la disposición contractual vulnerada por la UT NL si, al contrario, conforme a las reglas de interpretación previstas en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en la interpretación de las normas sobre las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se deberán tener en cuenta, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Para mejor ilustración dice textualmente el Artículo 28.-

"(...) De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de **la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. (Negrilla y Subrayado fuera del Texto) (...) "**

Por consiguiente, la anterior disposición legal impone que la Entidad Estatal en su ejercicio de adecuación y análisis para determinar el contenido y alcance de la infracción deba observar si el contratista en el desarrollo de sus actuaciones actuó bajo el amparo de la Buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional y la buena fe contractual prevista en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar el artículo 1603 del Código Civil , y determinar en el caso particular, si las partes han desplegado sus actuaciones para respetar la esencia de lo pactado en el contrato con la alternativa de la homologación, si han cumplido las obligaciones derivadas del acuerdo y han procurado preservar la ejecución de lo convenido, desplegando un comportamiento que convenga a la ejecución del contrato, cumpliendo con los intereses mutuos, sin privilegiar un interés en detrimento del interés del otro.

En consecuencia y conforme a lo manifestado en el presente numeral tampoco es clara la infracción imputada o incumplimiento contractual reprochado a la UT NL ni el alcance de esta, toda vez que sus actuaciones durante la ejecución contractual están precedidas de la observancia de la Clausulas contractuales pactadas y los actos y autorizaciones de la Entidad para el caso de las homologaciones.

Finalmente, y respecto de la Ultima parte del cargo imputado que a la letra dice:

- 3) *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 (...)*".

Se manifiesta que no existe prueba alguna o reproche de incumplimiento respecto de esta parte del cargo por lo que no efectuaré pronunciamiento alguno sobre el particular, dado que es una disposición que se ha venido cumpliendo durante la ejecución del contrato.

Expuesto lo anterior, es inequívoca la falta de tipicidad de la conducta supuestamente infringida por la Unión Temporal Nueva Logística y se pregunta esta defensa.... ¿cuál es la relación directa entre el cargo imputado analizado, la clausula de Homologación del contrato y su presunta temporalidad, la revocatoria unilateral de la autorización de Homologación y el incumplimiento endilgado al contratista?

Pues bien, tomando en cuenta el análisis del cargo ampliamente expuesto y la inexistencia de incumplimiento respecto del contenido y alcance de la obligación reprochada como incumplida, la cláusula de Homologación surge como alternativa de solución a la falta de recintos de almacenamiento en todas la ciudades determinadas en el anexo técnico y de su análisis de fondo a lo largo de las disposiciones contractuales es posible determinar que la misma tiene como requisito la autorización de la DIAN, la cual se ha probado existió formalmente desde el 18 de abril de 2023 respecto de ARMENIA, MANIZALEZ, VILAVICENCIO Y PUERTO ASIS, no obstante también es posible establecer de la lectura del contrato que no existe una

facultad asignada al supervisor del contrato para emitir autorizaciones de homologaciones con un carácter temporal y mucho menos que los supervisores seccionales puedan revocarla en cualquier tiempo, por lo que no es aceptable desde ningún punto de vista que el hecho de haber remitido la comunicación radicada bajo el numero **100191444-541 de noviembre 8 de 2023** en donde se informa la terminación de la homologación en las ciudades referidas, pueda imponerse una sanción por incumplimiento parcial del contrato 159 de 2023 y contabilizar la multa tasada desde el plazo que a su parecer fue establecido por el supervisor del contrato en dicho escrito para la entrega y adecuación de las bodegas.

El despacho en la resolución 12240 de 2024 efectúa afirmaciones que vulneran todos los principios de la facultad sancionatoria de la administración como el debido proceso, derecho de defensa y contradicción y legalidad pues da total certeza sin acudir a la lectura literal del contrato, a que los supervisores aprobaron las homologaciones con un carácter temporal circunstancia que no esta dentro de las facultades previstas para los supervisores a quienes no les es permitido legalmente en los términos de la ley 1474 de 2011 modificar el contenido del contrato o adicionar disposiciones que consideren de manera unilateral sin el acuerdo de las partes.

olvida el despacho entonces que la aprobación temporal de las homologaciones no es una disposición o limite previsto a este derecho de manera expresa en el contrato 159 de 2024 y el anexo técnico No 1, luego dicha temporalidad no tendría porque ser invocado por los supervisores del contrato como fundamento de una revocación unilateral de la autorización otorgada a la unión temporal porque simplemente carece soporte contractual y en consecuencia estaríamos en el escenario de la discrecionalidad de la administración para decidir el contenido del ilícito o cuál es el contenido del comportamiento prohibido, lo cual como se anotó en la misma palabras del consejo de estado, esto no sólo genera inseguridad jurídica, sino que a todas luces es contrario al principio de igualdad.

Por lo tanto, al no existir disposición contractual en el sentido de la temporalidad y la revocatoria unilateral de la autorización en cualquier tiempo, no existe la facultad de la administración para atribuir al contratista incumplimiento contractual alguno pues solamente el decir del supervisor y la administración no se convierten en presupuesto suficiente para probar un incumplimiento dado que el mismo debe tener asidero en la ley para las partes que no es otra que el contrato legalmente suscrito.

Ahora bien, se hará referencia al segundo elemento de la conducta para que sea procedente la sanción por infracción por parte de la administración y es la **ANTI JURIDICIDAD** del comportamiento, en este caso específico de la Unión Temporal Nueva Logística.

Para imponer una sanción administrativa el segundo requisito es que el comportamiento además de ser típico sea antijurídico y en el derecho administrativo sancionatorio se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos, lo cual no es una circunstancia probada dentro del presente procedimiento respecto de la conducta de la Unión Temporal Nueva Logística como se explica a continuación:

A lo largo de la Resolución 12240 de 2024, se hace referencia a las comunicaciones e informe de los supervisores allegados para la apertura del proceso sancionatorio contractual que nos ocupa en donde se describen una serie de circunstancias relacionadas con incrementos de viáticos, riesgos laborales, falta de competencia, insuficiencia de recursos, presuntamente ocasionadas por el hecho de que los recintos de almacenamiento de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís se encuentren homologados en las ciudades de Pereira, Bogotá e Ipiales, sin embargo es claro que ninguno de los hechos descritos como perjuicios o afectaciones en la prestación del servicio ni en el informe del supervisor nacional ni en los informes de los supervisores locales, quienes a su vez fungen como Directores Seccionales en desarrollo de las funciones misionales de la Entidad, pueden ser endilgadas a la falta de la prestación del servicio de almacenamiento, o a la falta de espacios dotados de las condiciones técnicas previstas en el contrato o a la falta de prestación de los servicios de transporte y logísticos por parte de mi representada.

Lo que si puede determinarse en los documentos presentados por los Directores seccionales de Manizales, Armenia, Villavicencio y Puerto Asís, es la existencia de inconformidad con la disposición contractual de la Homologación de recintos de almacenamiento que ocasiona que deban desarrollar algunas de las actividades que les corresponde como funcionarios públicos desplazándose a un sitio diferente donde se encuentran almacenadas las mercancías con la asunción de los correspondientes gastos y riesgos que conlleva el cumplimiento de la función administrativa.

Debe reiterarse que la anterior circunstancia no puede considerarse como una puesta en peligro del bien jurídico atribuible a la acción u omisión de la Unión Temporal Nueva Logística y por el contrario como se puede probar en las diferentes comunicaciones remitidas por el contratista, éste ha presentado alternativas con el fin de colaborar con la administración para mitigar dichas situaciones y por ejemplo proveer el servicio de transporte de los funcionarios para la visita y revisión de la mercancías a su propio costo, realizar la recolección y entrega de los documentos relacionados con sus actividades de control en sitio, disponer de un lugar adicional a la bodega ubicado en la ciudad donde se encuentra la dirección seccional para la inspección de la mercancía, igualmente a costo del contratista, entre otras.

Respecto de las alternativas referidas se puede apreciar en las pruebas obrantes en el presente procedimiento que estas no han sido aceptadas por ninguna de las

Direcciones Seccionales con el argumento de que mi representada debe entregar un recinto de almacenamiento en las ciudades de Manizales, Armenia, Villavicencio y Puerto Asís , desconociendo que la prestación del servicio de almacenamiento en lugar diferente cuando no se cuente con recinto de almacenamiento, fue aprobado en comité técnico del 18 de abril de 2023.

Es preciso señalar que bajo el principio de planeación que rige la contratación estatal, las entidades públicas tienen el deber de establecer condiciones en los contratos que contribuyan con el logro de los fines del estado, lo cual impone que la toma de decisiones respecto de la planificación del contrato tenga reglas claras que desde el punto de vista legal, técnico, financiero y económico estén dirigidas al logro del objeto propuesto con el contrato estatal, sin dar lugar a la improvisación o causación de agravio injustificado respecto del contratista o terceros.

Pierde de vista el despacho que la Homologación no es más que una alternativa 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.

Esta probado igualmente en las pruebas documentales obrantes en el expediente que la Unión Temporal solicito mesas técnicas para analizar las aristas financieras,

económicas, logísticas y técnicas, para evaluar alternativas, sin embargo, los supervisores del contrato han sido enfáticos en no realizar ninguna de estas mesas técnicas y rechazar las propuestas sin justificación diferente a que requieren una bodega en su territorio.

En cuanto a la presunta afectación a los asuntos relacionados con la competencia y jurisdicción de las seccionales por almacenar las mercancías en lugar distinto al de su territorio, quedo demostrado en el escrito de descargos que no existe tal circunstancia de conformidad con lo previsto en la Resolución número 000095 de junio 21 de 2023, que desarrolla las disposiciones del Decreto 920 de 2023, el código de aduanas Decreto 1165 de 2019 y demás normas concordantes, respecto de lo cual solicito a la subdirectora de compras y contratos remitirse al escrito de descargos en el cual fue sustentado ampliamente.

Bajo los anteriores argumentos se puede establecer que no existe ANTIJURIDICIDAD en la conducta de mi representada pues de ninguna manera con la prestación del servicio autorizado en otros recintos de almacenamientos ha puesto en peligro la prestación del servicio de almacenamiento que le corresponde prestar en virtud del contrato 159 de 2022, ni le es atribuible los posibles inconvenientes en el desarrollo de la función administrativa que prestan las Direcciones Seccionales en comento.

Respecto de la Culpabilidad como tercer requisito para la imposición de sanciones me referiré únicamente a lo manifestado por la Jurisprudencia contencioso-Administrativa y es que en materia administrativa se constituye en el factor exclusivo de atribución en el ámbito sancionatorio.

“(...) Por contera, la posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad que implica que sólo actúa culpablemente aquella persona que de acuerdo con el ordenamiento jurídico podía proceder de otra manera; por consiguiente, luego de este juicio genérico de culpabilidad si procede aplicar técnicas concretas para su determinación (imputación propiamente dicha) precisando (de acuerdo con el injusto) si el comportamiento se realizó a título de dolo o culpa. (...) salvo disposición expresa en contrario, al operador administrativo corresponde constatar la existencia del elemento culpabilidad y para ello debe acreditar tres componentes: 1. La imputabilidad, toda vez que debe establecer que el sujeto pasivo del poder punitivo tiene la capacidad de responder; 2. La relación psíquica entre el administrado sobre el que recae la sanción y el hecho descrito como infracción administrativa. En otros términos debe establecer la intención y determinar si se actuó a título de dolo o culpa, y; 3. La no existencia de supuestos facticos que excluyan la responsabilidad. (...) la exigencia de culpabilidad tiene como manifestación en el derecho administrativo sancionatorio el principio de personalidad de las sanciones, mediante el cual se impone un límite al ius puniendi del Estado comoquiera que la responsabilidad derivada del ilícito administrativo no puede extenderse a un sujeto distinto del infractor, llegar a una conclusión distinta supondría suprimir la exigencia de dolo o culpa en la realización del supuesto de hecho prohibido en la norma. (...)”

Por lo anterior ante la inexistencia de los elementos de tipicidad y antijuridicidad ya demostrados consideramos que dicho análisis no es útil en el caso concreto y con la sola referencia jurisprudencial de su alcance y contenido es claramente deducible que no existe respecto de la conducta de mi representada circunstancia alguna dolo o culpa demostradas.

2.1 Desconocimiento del Acto Propio de la Administración Resolución 006062 de 2023 y Autorización de Homologación del 18 de abril de 2024.

Sobre este argumento debidamente probado en el procedimiento administrativo sancionatorio esta defensa ha efectuado diversas exposiciones desde el documento de descargos por lo cual me referiré a las conclusiones del despacho en la Resolución 12240 de 2024 respecto este hecho en el siguiente sentido:

A folio 44 del mencionado acto administrativo, dice la administración:

“(…) Sobre esta línea de argumentación, la DIAN considera que ella no es aceptable a efectos de enervar el incumplimiento imputado, por las siguientes razones:

Primero, ya se analizó atrás que el contratista no ejerció de manera oportuna y debida la posibilidad o el derecho a homologar recintos de almacenamiento en ciudades distintas a las exigidas en el contrato y, en consecuencia, el contratista perdió esa posibilidad o derecho que le asistía con fundamento en la cláusula 2.6 del Anexo Técnico No. 1.

Segundo, también se analizó anteriormente que la supervisión del contrato está imposibilitada legal y contractualmente para invalidar o modificar el pacto contractual en torno a la “homologación” de recintos de almacenamiento contenida en la cláusula 2.6 del Anexo Técnico No. 1. Por lo tanto, no es válido sostener como lo hace el contratista que, en reuniones realizadas con la supervisión se homologó el uso de los recintos de almacenamiento utilizados por la Unión Temporal, porque se impone al Estado aceptar una prestación por fuera de lo acordado en el Contrato Estatal celebrado.

Tercero, es cierto que la DIAN adelantó un procedimiento sancionatorio en el cual se analizaron, entre otros hechos, los presuntos incumplimientos que se investigan ahora, y que aquel procedimiento fue terminado y archivado por Resolución 006062 del 26 de julio de 2023, en razón a que la supervisión del contrato había manifestado que el presunto incumplimiento a esa fecha se encontraba superado.

*Sin embargo, como pasa a explicarse a continuación, si bien la entidad consideró en esa Resolución que, **por opinión de la supervisión**, el incumplimiento se había superado, esa decisión se basó igualmente en aprobaciones o permisos dados **por la supervisión con carácter “Temporal”**.*

Nótese que, en este procedimiento sancionatorio, obran comunicaciones y testimonios que contienen las manifestaciones de los supervisores de las Direcciones Seccionales

en las que reiteran y ratifican que, si se dieron aprobaciones, éstas se dieron siempre con el carácter temporal que se ha explicado atrás y que desde el principio no se han aceptado por los supervisores la ubicación de bodegas en ciudades diferentes a Armenia, Manizales, Puerto Asís y Villavicencio, respectivamente, reiterando además la afectación negativa al servicio que conlleva el almacenamiento de mercancías en bodegas que se ubiquen en otras ciudades diferentes a las de las Direcciones Seccionales. (...)"

De manera respetuosa, consideramos desafortunada la motivación de la resolución para desvirtuar la existencia de un pronunciamiento previo de la administración sobre los mismos hechos, identidad de objeto y bien jurídico bajo el acto administrativo resolución No 006062 del 26 de julio de 2023 dotado de los atributos de los actos administrativos, entre ellos la presunción de legalidad.

Se limita el despacho a transcribir el texto de los informes de supervisión de los Directores Seccionales de Manizales, Armenia, Villavicencio y Puerto Asís para sustentar la veracidad de su argumento, sin tomar en cuenta que estos informes no constituyen plena prueba del incumplimiento de mi representada y al contrario fueron desvirtuados con las pruebas practicadas en el escenario de la actuación sancionatoria.

En este sentido, la resolución No 006062 del 26 de julio de 2023 aportada como prueba al presente procedimiento por mi representada da cuenta de la existencia de una actuación administrativa en el que el contratista UT NL fue investigado y absuelto por la presunta vulneración a la obligación contractual consagrada en el numeral 4 del **Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA"** del **Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO** del **Contrato No. 00-159-2022**, es decir por la misma por la cual se sancionó a la Unión Temporal Nueva Logística mediante la Resolución 12240 de 2024.

No se entiende y supera toda lógica jurídica como la unión temporal en el momento de la investigación administrativa resuelta mediante el acto 006062 del 26 de julio de 2023, logro superar el hecho de presunto incumplimiento de la obligación referida, con la entrega de recintos de almacenamiento para las Direcciones Seccionales de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís en las ciudades de Pereira, Bogotá e Ipiales bajo la autorización de homologación emitida por las Direcciones seccionales respectivas y hoy la prestación del servicio de almacenamiento en la ciudades homologadas sea un motivo de incumplimiento contractual porque la administración considera que el alcance de las obligaciones del contrato solo permite que las bodegas estén ubicadas en las ciudades donde se encuentra ubicadas las Direcciones Seccionales de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís, desconociendo que la homologación fue argumento fundamental para declarar cumplida dicha obligación contractual mediante la resolución 006062 del 26 de julio de 2023 y que actualmente la operación logística del contrato se ejecuta mediante recintos de almacenamiento homologados a nivel nacional y no solo en el caso de las referidas seccionales.

Lo anterior, fue fundamentado por el despacho en el decir de los Directores Seccionales de que la aprobación se encontraba sometida a una temporalidad, desconociendo que la misma es ajena a la cláusula de Homologación de recintos de almacenamiento y en consecuencia inexistente e inaplicable para igualmente revocarla unilateralmente.

Se reitera al despacho que la Resolución No 006062 del 26 de julio de 2023, es plena prueba de que con el presente proceso administrativo sancionatorio decidido mediante la Resolución 12240 de 2024 se está vulnerando el acto propio de la administración, desconociendo igualmente la aprobación otorgada el 18 de abril de 2024 por los mismo directores seccionales sin contar que en este acto administrativo la unión temporal nueva logística fue exonerada de todo cargo de incumplimiento contractual por demostrar que con la prestación del servicio en recintos homologados se suplía la necesidad de contar con recintos de almacenamiento en las ciudades de las seccionales por única y exclusiva disposición contractual con la posterior aprobación de los competentes.

No es cierto por lo tanto que, *si bien la entidad consideró en esa Resolución que, **por opinión de la supervisión**, el incumplimiento se había superado, esa decisión se basó igualmente en aprobaciones o permisos dados **por la supervisión con carácter "Temporal"***, pues no existe motivación alguna en la resolución 006062 del 26 de julio de 2023 que pruebe esta afirmación pues el hecho superado no fue sometido a condicionamientos con el expuesto.

Pierde el despacho de vista en su análisis igualmente, que no hay diferencias en la obligación, hechos y sujetos de la investigación y en consecuencia se presenta una flagrante violación al principio NON BISI IN IDEM consagrado en el inciso 4 del artículo 2o de la Constitución Nacional pues permite la administración que un mismo hecho ya debatido como lo fue la entrega de recintos de almacenamiento para la prestación del servicio en las ciudades referidas, respecto de la cual no fue sancionada ni representada por incumplimiento al entregar recintos homologados, sea nuevamente debatido con consecuencias contrarias, esto es considerar que con la homologación aprobada no se sule la obligación por ser temporal y revocada unilateralmente a discrecionalidad de la administración.

Si en gracia de discusión existiera alguna diferencia entre los hechos investigados en las actuaciones administrativas en comento, esta sería la inexplicable validez que le da el despacho a una presunta aprobación temporal que no se desprende en absoluto del contrato ni de la actuación administrativa resuelta la Resolución 006062 del 26 de julio de 2023.

Finalmente es pertinente afirmar que bajo la confianza legítima de estar actuando bajo la autorización de la administración, ratificado ello en la Resolución 006062 del 26 de julio de 2023 la Unión Temporal Nueva Logística presta los servicios de almacenamiento en recintos homologados para las ciudades de Manizales, Armenia, Villavicencio y Puerto Asís.

En este sentido es claro que 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 este caso, también citamos 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. (...) “

Determinado lo anterior, debe el despacho revisar la improcedencia de este descargo pues su motivación no corresponde a la realidad fáctica y jurídica expuesta y probada por la UT NL, en el presente procedimiento.

3. FALTA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS APORTADAS Y DECRETADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO A PETICION DE PARTE Y POR LA SUBDIRECCION DE COMPRAS Y CONTRATOS.

El artículo 86 de la Ley 1474 prevé el derecho del contratista a la defensa, a presentar pruebas y a contradecir las que se alleguen en su contra. Es una expresión del derecho fundamental al debido proceso y a la prueba consagrado en la Constitución de 1991 que, en el marco del Estado social de derecho, suponen unas garantías fundamentales, por las que los servidores públicos deben propender.

El derecho a la prueba que contempla la mencionada norma debe analizarse en su contenido a la luz del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y del título I, "Disposiciones generales", del CPACA, a efectos de determinar su alcance y el de las garantías que comprende.

- 1) El núcleo esencial del derecho al debido proceso probatorio corresponde, según la Corte Constitucional, a:
- 2) (i) el derecho para presentarlas y solicitarlas, (ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra, (iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción, (iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de este, (v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228) y (vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso (Sentencia C-496 de 2015)
- 3) Para el juez constitucional, la vulneración de estas garantías por omisión o errada valoración de pruebas, por la pretermisión de la etapa probatoria o por la valoración de pruebas ilícitas o ilegales puede dar lugar a la vulneración al derecho fundamental al debido proceso. A su vez, el CPACA normativiza a nivel de ley las garantías, los valores y los principios del debido proceso constitucional. Esto trae como consecuencia que se apliquen de manera directa, y no solamente como criterio hermenéutico, a todos los procedimientos administrativos que adelanten las autoridades públicas, aun cuando tengan normas de carácter especial que lo regulen, como sucede con el procedimiento sancionatorio contractual.

- 4) Bajo esta perspectiva, el contratista, en un procedimiento sancionatorio contractual, cuenta con las mismas garantías probatorias que un investigado en cualquier otro procedimiento sancionatorio. Se destacan, por ejemplo, la garantía a que la decisión se fundamente en el análisis de las pruebas aportadas al proceso y, particularmente, en los hechos que resultaron probados (artículo 49 del CPACA). Los contratistas también cuentan con las garantías probatorias previstas para el procedimiento general (primera parte del CPACA) frente a la solicitud, aportación y contradicción de las pruebas. Se hace referencia al principio de legalidad y al derecho a que el procedimiento se adelante atendiendo las normas de procedimiento previamente previstas en la Constitución y la ley, como serían las relativas a las prácticas de las pruebas, con plena garantía de los derechos de defensa y contradicción, con observancia a los principios de presunción de inocencia, de imparcialidad (que adquiere especial relevancia frente a la práctica y valoración de las pruebas por parte de la autoridad administrativa), de publicidad de los actuaciones de la Administración (numeral 9, artículo 3 y numeral 2, artículo 5), de celeridad, economía y eficacia en la práctica de pruebas (numeral 11 a 13, artículo 3), haciendo efectiva el derecho a presentar y aportar pruebas (numera 8 del artículo 5), a que estas sean oportunamente decretadas, salvo existencia y motivación de justa causa para su denegación (numeral 14, artículo 9) y a que las mismas sean valoradas y tenidas en cuenta al momento de expedir el acto administrativo sancionatorio (numera 8 del artículo 5).

Teniendo en cuenta lo expuesto, podría afirmarse que las garantías probatorias mínimas con que cuenta el contratista dentro del procedimiento sancionatorio contractual corresponden a: a) presentar y solicitar pruebas; b) contradecir las pruebas que la entidad contratante presente en su contra; c) la garantía de publicidad de las pruebas que practica o aporta la entidad, y de sus soportes; d) la garantía de regularidad de la prueba; e) el derecho a contar con una oportunidad probatoria; f) la garantía de inmediación en la práctica de las pruebas; g) el derecho a que se decreten y practiquen las pruebas necesarias para la averiguación de la verdad; h) la garantía de evaluación y valoración de las pruebas incorporadas al procedimiento; e i) la garantía a la presunción de inocencia que, implica que la carga de la prueba corresponde a la entidad contratante que inicia el procedimiento sancionatorio. La aplicación práctica de la función integradora de los principios del debido proceso administrativo al ejercicio de la potestad sancionatoria y, particularmente, a las garantías probatorias en el proceso sancionatorio contractual permite una mayor claridad acerca de cómo deben las entidades públicas llevar a cabo el decreto, la práctica y la valoración de las pruebas. (Mon, 25 Jan 2021 in *Revista Digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia - Diana Lorena Mateus Londoño.*)

Dicho lo anterior, durante la actuación Administrativa el despacho de la Subdirección de Compras y contratos dado el análisis de necesidad, conducencia y pertinencia de las pruebas solicitadas por el contratista y las que considero de oficio, decretó la práctica de las siguientes pruebas:

- “(...) **Inspección administrativa a la bodega ubicada en Pereira**, que se encuentra homologada para las Direcciones Seccionales de Manizales y Armenia, ubicada en la Entrada 5 Cafelia Cerritos Vía La Virginia, para el 29 de abril de 2024 a las 10:00 a.m., con el fin de revisar el espacio y las condiciones en las que están siendo almacenadas las mercancías de las Direcciones Seccionales de Manizales y Armenia.

Testimonio del Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales para que sea rendido en la inspección administrativa que se realizará el 29 de abril de 2024 a las 10:00 a.m. en la bodega ubicada en Pereira.

- **Testimonio del Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia**, para que sea rendido en la inspección administrativa que se realizará el 29 de abril de 2024 a las 10:00 a.m. en la bodega ubicada en Pereira.
- **Testimonio del Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales**, para que sea rendido en la inspección administrativa que se realizará el 29 de abril de 2024 a las 10:00 a.m. en la bodega ubicada en Pereira.
- **Testimonio del Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia**, para que sea rendido en la inspección administrativa que se realizará el 29 de abril de 2024 a las 10:00 a.m. en la bodega ubicada en Pereira.
- **Se ordena a los Directores Seccionales de Manizales, Armenia, Villavicencio y Puerto Asís a entregar soportes de gastos y costos de desplazamientos de funcionarios comisionados durante la ejecución del contrato 00-159-2022.**
- Por el momento **no se resuelve la solicitud de ordenar peritaje financiero solicitado por la apoderada contratista**. La pertinencia de ordenar el peritaje se decidirá con posterioridad a la práctica de las anteriores pruebas.
- **La apoderada del contratista solicitó conocer la respuesta que la Subdirección de Compras y Contratos entregó a la Subdirección Logística de la DIAN, respecto de la solicitud de concepto frente a las alternativas presentadas por la Unión Temporal Nueva Logística para que la DIAN el 18 de noviembre de 2023. La Subdirección de Compras y Contratos contesta que no hubo concepto y que en su lugar se remitió correo electrónico informando a la Subdirección Logística que el problema planteado se resolvería dentro del proceso administrativo sancionatorio. El correo se reenviará a la apoderada del contratista y aseguradora.**

- **Certificado del supervisor de saldos adeudados por la UAE-DIAN a la UNIÓN TEMPORAL NUEVA LOGÍSTICA que debe ser presentado a la Subdirección de Compras y Contratos,** con copia a los correos electrónicos de los apoderados del contratista y su garante dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en la que presenten sus alegatos de conclusión (...)"
- 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.**

Sobre esta prueba en particular, la defensa efectuará un pronunciamiento particular, toda vez que en la Resolución 12240 de 2024 el despacho mediante argumentos falsos y carentes de motivación, violatorios de las garantías probatorias arriba expuestas, el debido proceso y demás ya expuestas a lo largo de este escrito de reposición, sostiene que el dictamen pericial decretado y el alcance solicitado por el mismo despacho no debe ser valorado ni tenido en cuenta en la presente actuación.

En palabras propias de la administración, se concluye:

"(...)

En este tema, el contratista aportó un dictamen financiero con el objetivo de incorporar 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 contratista concluye de esa experticia que a través de ella se prueba que la apertura de las bodegas en las Direcciones Seccionales 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, estaría la entidad llevando al contratista a un escenario en el cual podría verse comprometida el desarrollo eficiente y adecuado de la operación.

Al respecto, la DIAN considera en este asunto, que el argumento es totalmente improcedente a efectos de desvirtuar el incumplimiento contractual materia de esta actuación Administrativa, por las siguientes razones:

-Primero, el contratista participó voluntariamente en el proceso de selección por licitación pública LP 00-006-2022 y bajo su total conocimiento de los términos y condiciones requeridos por la Entidad-para la celebración y ejecución de este contrato, conforme al pliego de condiciones sus anexos y -los correspondientes estudios previos, decidió presentar oferta. Con base en su oferta le fue -adjudicado el contrato y éste fue celebrado conforme al régimen de responsabilidad aplicable por disposición del Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

-De hecho, es oportuno recordar que en Formato No. 5 "Acreditación de cumplimiento: Anexo-Técnico – Requerimientos Técnicos mínimos, suscrito por Alfonso Tejada Díaz en

representación-de la Unión Temporal Nueva Logística, presentado por esta junto con su propuesta, indicó:

“(…) Con el presente manifiesto que CONOZCO, ACEPTO Y CUMPLIRE, con las condiciones establecidas en el pliego de condiciones del proceso de Licitación en referencia, el ANEXO No. 1. ANEXO TÉCNICO – REQUERIMIENTOS TECNICOS MINIMOS, junto con -los demás anexos y documentos que conforman el pliego de condiciones y que hacen parte-del mismo, informaciones sobre preguntas y respuestas, adendas, así como los demás-documentos relacionados con el objeto a desarrollar y todos y cada uno de los requisitos en ellos exigidos.” (subrayado fuera del texto) (…)”

-Resulta por lo menos incoherente con su ofrecimiento y con su compromiso de disponer de recintos-de almacenamiento en las ciudades de Armenia, Manizales, Puerto Asís y Villavicencio, que el-contratista, pretenda ahora insinuar, para evadir su responsabilidad, que el cumplir con sus obligaciones iniciales en este tema le causa pérdidas económicas. Con la presentación de la oferta, el contratista debió prever los riesgos financieros y económicos que tenía para el cumplimiento del contrato.

*-Si el contratista decidió adecuar bodegas en ciudades no autorizadas, en un evidente aprovechamiento de interpretaciones erradas en lo que al alcance de la función de la supervisión hace referencia, y en especial, en un entendimiento alejado del pacto contractual que tuvo a bien darle el contratista a las aprobaciones o permisos temporales o transitorios dados por la supervisión, **-lo tuvo que haber hecho por su cuenta y riesgo.***

*No le es dable trasladar a la Entidad los presuntos costos que se le hubieran causado por **haber-decidió por su cuenta y riesgo adecuar recintos en lugares que no preveía el contrato**, porque nadie puede beneficiarse de su propia culpa.*

En conclusión, la apertura de recintos de almacenamiento en las ciudades de Manizales, Armenia, Puerto Asís y Villavicencio era y sigue siendo la obligación que asumió el contratista desde la presentación de su oferta y en efecto de ello debe asumir los costos y los riesgos que conlleve su ofrecimiento.

*Tampoco puede trasladar a la DIAN los costos de haber adecuado bodegas **por su cuenta y riesgo** en sitios no acordados en el contrato, porque faltaría a la buena fe que le es exigible por virtud de la ley y del mismo contrato.*

Por lo dicho, tampoco hay lugar a revisar, analizar o valorar ningún dictamen pericial en relación con análisis de costos sobre el cumplimiento de estas obligaciones, puesto que dicho dictamen tenía como propósito determinar la viabilidad económica y financiera de la apertura de recintos de almacenamiento en las ciudades de Manizales, Armenia Puerto Asís y Villavicencio, y esa era precisamente la obligación contractual a la que se había comprometido el contratista desde la presentación de su oferta.

Por todo lo expuesto anteriormente, este descargo no tiene vocación de prosperidad para desvirtuar-el incumplimiento que es materia de este procedimiento sancionatorio.

(…) “

Respecto de lo expuesto, esta defensa no duda en afirmar que se encuentra la administración no solo bajo el escenario de una flagrante falsa motivación del acto administrativo, sino que el mismo inobservó por completo las normas esenciales del procedimiento administrativo sancionatorio, su finalidad y adicionalmente es abiertamente Contrario a la Constitución y a las leyes.

Como primera medida es importante aclararle a la Subdirección de Compras y contratos que con la presentación de la oferta la Unión Temporal Nueva Logística aceptó la Matriz de Riesgos previsible del contrato que la Entidad en cumplimiento de la Ley de contratación elaboró, por lo que al analizar dicha matriz no se encuentra dentro de los riesgos económicos y financieros alguno relacionado con la homologación de los recintos de almacenamiento y los perjuicios económicos que se deriven del mismo con la revocatoria de su autorización, por lo que entonces dicha circunstancia se adecua en el escenario de la imprevisibilidad, tal como lo prevé la Ley.

Por tal razón es ilegal afirmar que *"Con la presentación de la oferta, el contratista debió prever los riesgos financieros y económicos que tenía para el cumplimiento del contrato..."*

En segundo lugar, yerra el despacho al concluir que mi representada **"...decidió adecuar bodegas en ciudades no autorizadas"** desconociendo hechos probados en la actuación administrativa como que el contratista se encuentra prestando los servicios de operación logística en ciudades homologadas con la autorización clara y expresa de los Directores Seccionales de Armenia, Manizales, Villavicencio y Puerto Asís mediante acta del 18 de abril de 2023, circunstancia ratificada mediante la resolución 006062 del 26 de julio de 2023, pruebas que demuestran que mi representada actuó bajo el amparo de la confianza legítima de estar procediendo de manera correcta por los mismos actos que expidió la administración y en consecuencia la seguridad jurídica para la ejecución del contrato, por lo que es falso afirmar que mi representada **"decidió adecuar bodegas en ciudades no autorizadas"**

Y sigue sorpresivamente el despacho con la afirmación, de que la Unión Temporal Nueva Logística *"...incurre en un aprovechamiento de interpretaciones erradas de las funciones de los supervisores en un entendimiento alejado del pacto contractual que tuvo a bien darle el contratista a las aprobaciones o permisos temporales..."* aseveración que es a todas luces una presunción de mala fé violatoria de la presunción de inocencia al no existir prueba alguna en el expediente que permita probar al despacho tal aprovechamiento o una interpretación errada del contrato por parte del contratista, pues si hay un hecho cierto dentro de la actuación debidamente probado es que la Homologación de recintos de almacenamiento no tiene una cláusula pactada de temporalidad y revocatoria unilateral que faculte a los supervisores del contrato para aprobarla con esta condición y revocarla en cualquier tiempo, circunstancia ajena a la bilateralidad del contrato 159 de 2022.

Entonces en este hilo falso de argumentación procede el despacho a concluir que “...No le es dable trasladar a la Entidad los presuntos costos que se le hubieran causado por haber-**decidido por su cuenta y riesgo** adecuar recintos en lugares que no preveía el contrato, porque nadie puede beneficiarse de su propia culpa...”

Y finaliza la Subdirección de Compras y Contratos con una afirmación violatoria de las garantías probatorias con lo siguiente:

“(...) Por lo dicho, tampoco hay lugar a revisar, analizar o valorar ningún dictamen pericial en relación con análisis de costos sobre el cumplimiento de estas obligaciones, puesto que dicho dictamen tenía como propósito determinar la viabilidad económica y financiera de la apertura de recintos de almacenamiento en las ciudades de Manizales, Armenia Puerto Asís y Villavicencio, y esa era precisamente la obligación contractual a la que se había comprometido el contratista desde la presentación de su oferta...” argumentación que desconoce el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 que establece.

“(...) De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de **la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.** (Negrilla y Subrayado fuera del Texto) (...) “

Para esta defensa, la prueba de Peritaje Financiero es fundamental para el análisis de fondo de la presente actuación con miras a la valoración que debe hacer el despacho para la aplicación de las normas sobre ecuación e interpretación contractuales previstas en los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 y en especial sobre conmutatividad de los contratos estatales.

Sobre la conmutatividad de los contratos estatales El Consejo de Estado ha sostenido que “ ...el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse...”⁶

Notesé que desde el inicio del contrato y durante la ejecución, mi representada ha prestado los servicios de operación logística en recintos homologados aprobados por las Direcciones Seccionales y en esta medida ha adecuado y proyectado las condiciones, técnicas, económicas y financieras a tal derecho, por lo cual el

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Radicación número: 85001-23-31-003-1998-00070-01 (18836). veintidós (22) de junio de dos mil once (2011).

levantamiento unilateral de este derecho a la homologación causa perjuicios económicos ya probados en este procedimiento con el peritaje financiero el cual tuvo como sustento y análisis las cifras reales con las que hoy se desarrolla la operación logística del contrato 159 de 2022, no siendo un riesgo previsible en la matriz del contrato la revocatoria unilateral de las homologaciones y en consecuencia los costos económicos y los perjuicios causados por este hecho **deben ser asumidos por la entidad estatal**

Agrega el Órgano de Cierre de lo contencioso Administrativo:

“(…) El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.

En consecuencia, si una parte, por ejemplo, pretende privilegiar su interés en detrimento de los intereses de la otra y alejándose de lo que en esencia se ha convenido, este comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones negociales. (...) “

Es preciso señalar que el principio de conmutatividad de los contratos descrito es aplicable a todos los contratos bilaterales, regulados por la Ley 80 de 1993, que suscriben las entidades estatales con los particulares y cuya ejecución es de mediano o largo plazo, por ejemplo: los contratos de obra pública, suministro, prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, la Unión Temporal Nueva Logística, ha sido enfática a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio en manifestar a la Entidad que el impacto de someter a temporalidad y revocatoria unilateral no pactada, la figura de las homologaciones no solamente constituye una extralimitación de las facultades de los supervisores y una violación flagrante a lo pactado en el contrato de operación logística 159 de 2022, sino que impacta financiera y económicamente de manera grave la ejecución del contrato, como se demostró para el caso de los recintos de almacenamiento de Manizales, Armenia y Puerto Asís

Para tal efecto y con el fin de probar a la Entidad lo afirmado la unión temporal solicitó la prueba de peritaje financiero, la cual fue decretada por el despacho y para tal efecto se 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., quien fue 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 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. Serian 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 perdidas 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, todo esto en contravía del principio de conmutatividad de los contratos estatales.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación del despacho según la cual "...No le es dable trasladar a la Entidad los presuntos costos que se le hubieran causado por haber-**decidido por su cuenta y riesgo** adecuar recintos en lugares que no preveía el contrato, porque nadie puede beneficiarse de su propia culpa..." es ajeno al principio de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la ley 80 de 1993 que prevé:

"(...) Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

Pues bien dicho lo anterior, en el hipotético caso de que la administración contara con la facultad unilateral de revocar las autorizaciones de las homologaciones, los costos de esa decisión administrativa debe ser asumida por la misma administración, lo contrario sería violatorio del principio de responsabilidad arriba descrito y además del principio de igualdad que debe observarse en los contratos bilaterales incluso de naturaleza estatal sin contar con el agravio injustificado que estaría causando la administración pues el hecho de pretender del contratista la asunción de pérdidas y costos por su decisión arbitraria, lesiona los derechos del contratista.

En consecuencia, se pregunta esta defensa ¿ Es legal que la administración incurra en pago de gastos de bodegaje, operación Logística, transporte de mercancías hacia los nuevos recintos de almacenamiento de ARMENIA, MANIZALEZ, VILLAVICENCIO Y PUERTO ASIS, cuando se demostró en la presente actuación administrativa que las mercancías de dichas Seccionales se encuentran almacenadas y custodiadas en los recintos homologados, sin perjuicio alguno para la Entidad ?

¿No es esto violatorio del principio de economía al incurrir en gastos innecesarios en la operación logística y un detrimento patrimonial por la ineficiente inversión de los recursos del estado, reprochable a todas luces desde el punto de vista fiscal y disciplinario?

Para esta defensa la respuesta es **SÍ**, pues como quedó demostrado en el informe de peritaje financiero la Homologación también representa eficiencias en la correcta inversión de los recursos públicos del contrato de operación logística 159 de 2024, esto aunado a que en la actualidad la Unión Temporal Nueva Logística está cumpliendo con su obligación contractual derivada de la homologación de Recintos de almacenamiento la cual es la siguiente:

"(...)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. (...)"

Por último, debe ponerse de presente que sobre todas las pruebas decretadas, la defensa hizo sus apreciaciones en los alegatos finales presentados, sin embargo, el despacho omitió pronunciarse sobre cada una de las pruebas practicadas y su valoración, hecho flagrantemente violatorio del debido proceso por lo que inevitablemente la resolución sancionatoria 12240 de 2024 debe ser revocada igualmente por este hecho.

4. INEXISTENCIA DE PLAZO CONTRACTUALMENTE PACTADO PARA LA REVOCACION DE LA HOMOLOGACIÓN Y ENTREGA DE BODEGAS PARA CONTABILIZAR LA MULTA IMPUESTA POR LA ENTIDAD:

Respecto de este asunto la defensa considera que no existe plazo contractualmente pactado para determinar desde cuando se entiende incumplida la obligación de entregar recintos de almacenamiento, cuando la Homologación se autoriza de manera temporal y se revoca unilateralmente, pues primero se ha probado en la actuación que el contrato 159 de 2024 no establece dicha condición o facultad para los supervisores del contrato de extender las autorizaciones de homologación con carácter temporal y segundo tampoco prevé que puedan desautorizar la homologación en cualquier momento de la ejecución del contrato.

Por lo anterior y ante la inexistencia de incumplimiento contractual, la multa es inaplicable a la presente controversia pues su función primordial es compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria.

Las multas en la contratación estatal son sanciones económicas que se imponen a los contratistas que incumplen o se atrasan en el cumplimiento de sus obligaciones.

El objetivo de las multas es obligar a los contratistas a cumplir el contrato, sin embargo carece de sentido en la presente actuación, en donde está plenamente

demostrado que mi representada no ha incumplido clausula contractual alguna, y lo que se trajo al escenario de incumplimiento, corresponde a una extralimitación de la facultad de los supervisores de exigir el cumplimiento de circunstancias ajenas a las disposiciones contractuales, modificando el contrato de manera ilegal y exigiendo el cumplimiento de plazos inexistentes.

En este sentido y dado que no existe incumplimiento de obligación contractual pactada y tampoco un plazo determinado en el contrato para la entrega de bodegas ante la revocatoria unilateral de la autorización de la homologación, no puede tenerse como plazo para contabilizar la multa el indicado por el supervisor del contrato en el oficio No 100191444-541 - Finalización autorización homologaciones del 08 de noviembre de 2023 en el cual manifiesta que es necesario que a más tardar al día 15 de noviembre de 2023, presente a la entidad la propuesta de los recintos de almacenamiento con los cuales podrá contar la entidad a partir del 15 de diciembre de 2023. (subrayas fueras del texto

Sobre este aspecto es relevante manifestar que el despacho no efectuó el análisis de la legalidad de este límite fijado discrecionalmente por el supervisor del contrato, pues no menciona la cláusula respecto de la cual se desprende el plazo acordado que permite concluir la estimación y cuantía de la sanción económica impuesta a la Unión Temporal Nueva Logística.

Por lo anteriormente expuesto la tasación y calculo efectuado por la administración es a todas luces subjetiva e ilegal y excede los límites de la facultad sancionatoria contractual otorgada por la ley.

PETICION

Por los argumentos expuestos en el presente Recurso de Reposición, solicitamos al despacho revocar totalmente la Resolución No 12240 del 18 de diciembre de 2024, mediante la cual se impuso Sanción de multa a la Unión Temporal Nueva Logística en cuantía de SESICIENTOS SESENTA Y UN MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL OCHO CIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$661.127.849,40) MCTE y en consecuencia declarar que la unión temporal Nueva Logística no ha incumplido con la obligación contractual prevista en el : "(...) Numeral 4 del **Capítulo VIII "OPERACIÓN LOGÍSTICA" del Anexo No. 1 ANEXO TÉCNICO del Contrato No. 00-159-2022,** y se proceda al cierre y archive del procedimiento sancionatorio adelantado en su contra.

Atentamente;



JANNETH CAICEDO CASANOVA

Apoderada Unión Temporal Nueva Logística

C.C. 52.514.943

T.P. 128555