



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 201 DE 2020

“Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

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

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

Considerando

Que, en desarrollo de la Audiencia Pública por presunto incumplimiento llevada a cabo el 13 de febrero de 2020, se dio lectura de la Resolución 0043 de 2020 *“Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016”* cuyo resuelve declara **“Artículo 1. No proceder a la imposición de la multa contemplada en la cláusula 18 del Acuerdo Marco CCE-441-1-AMP-2016 de Servicios de Distribución en contra de Servicios Postales Nacionales – 472”**

Que en consecuencia, se ordenó archivar la actuación administrativa contractual ACS-SNEG-003-2019.

Que la Supervisora de la Entidad Compradora UAE- DIAN a través de su apoderado presentó recurso de reposición en contra de la decisión, el cual fue sustentado en audiencia realizada el 20 de febrero. Toda vez que en la citada audiencia, la DIAN aportó material probatorio que sustenta la motivación del recurso, en atención a lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 se ordenó el traslado de las pruebas aportadas al Proveedor Servicios Postales Nacionales y se fijó el término de 5 días para su pronunciamiento por parte de 472, así las cosas, se dio traslado del mismo y se informó al proveedor que los argumentos respecto de las pruebas aportadas debían allegarse a Colombia Compra Eficiente a más tardar el 27 de febrero de 2020, fecha en la cual allegó respuesta.

1. Requisitos de procedibilidad del Recurso de Reposición

De conformidad con lo establecido en los artículos 76 y 77 de la Ley 1437 de 2011, se tiene lo siguiente:

“Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante

RESOLUCIÓN NÚMERO 201 de 2020 Hoja N°. 2

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

Artículo 77. Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.

Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

- 1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.*
- 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.*
- 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.*
- 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.*

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber”.

Así las cosas, se observa que el recurso presentado por la UAE - DIAN cumple con el lleno de los requisitos exigidos en la norma y por ende se analizará cada uno de los argumentos expuestos por el recurrente.

2. Recurso interpuesto por la entidad compradora UAE - DIAN

Para efectos de resolver el presente recurso, se sintetizarán los argumentos del recurrente mediante los cuales expone su desacuerdo con la decisión y acto seguido, se exponen los argumentos de Colombia Compra Eficiente, así:

2.1. Falsa motivación en el acto administrativo 0043 sustentado en audiencia el 13 de febrero de 2020, pero notificado por fuera de la audiencia el 14 de febrero de 2020, fecha en la cual se entregó copia del acto.

Alude la Entidad Compradora que la decisión de Colombia Compra Eficiente carece de fundamento pues del desarrollo de la audiencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no se evidencia que obren en el expediente pruebas testimoniales o documentales de las cuales se pueda inferir el cumplimiento o puesta al día en sus operaciones por parte de 472, y que de hecho, del desarrollo de toda la actuación se extrajo que 472 incumplió cuando sea parcialmente con el deber de entregar la correspondencia en los términos descritos en el Acuerdo Marco de Precios CCE- 441-1-AMP-2016.

Indica también que del material probatorio recaudado a lo largo de la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019 se evidencia una carga probatoria en cabeza de la DIAN que no fue desvirtuada por el proveedor en ninguna de las etapas del proceso, y que,

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

para la UAE-DIAN es sustancialmente relevante que el Subdirector de Negocios de Colombia Compra Eficiente de manera objetiva y en aras del esclarecimiento de la verdad a través de su propio equipo técnico y jurídico hubiera realizado una revisión juiciosa y detallada de las pruebas aportadas legalmente dentro del proceso y las manifestaciones valoradas en el acto administrativo por parte del proveedor, la aseguradora y el mismo como ordenador del gasto, para ver si era realmente cierto que todas las obligaciones que dieron lugar al incumplimiento parcial eran posibles de ser subsanadas en el tiempo cuando se está frente a un servicio de oportunidad, lo cual parece en un sentido común y lógico imposible pues se evidencia un incumplimiento parcial del contrato.

Adicionalmente, fundamenta su argumento para indicar falsa motivación del acto por parte del Subdirector de Negocios implicando que la valoración de las pruebas documentales concluye que existió un incumplimiento parcial de la orden de compra y que el mismo es reiterativo, pero sin tener prueba en contrario finalmente determina no imponer multa al proveedor al manifestar que los incumplimientos ya han sido superados, sin tener en cuenta las particularidades del servicio y la oportunidad que se exige de la naturaleza de este.

Indica que el acto administrativo carece de una debida calificación jurídica y apreciación razonable, contrariando la disposición constitucional y legal de que los actos administrativos deben ser motivados.

Así mismo, que de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se establece la obligación de motivar el acto expedido en la actuación sancionatoria, por lo que, Colombia Compra Eficiente debía consignar lo ocurrido en desarrollo de la audiencia, y motivar de manera clara como llegó a la conclusión de que no existen obligaciones pendientes a cargo del proveedor y que es evidente que, la única valoración probatoria realizada por Colombia Compra Eficiente demuestra que existe un incumplimiento parcial reconocido y no existe ninguna valoración probatoria que diera lugar al cierre y archivo del procedimiento administrativo sancionatorio configurándose una falta de motivación en el acto.

2.2. La Agencia Nacional de Contratación Pública se convierte en un solidario responsable ante la UAE-DIAN, por los perjuicios que pueda sufrir en la ejecución de las órdenes de compra.

Indica en su escrito que, toda vez que Colombia Compra Eficiente tiene a su cargo el diseño, organización y celebración de los Acuerdos Marco, a través de los cuales, las entidades se adhieren a unas condiciones previamente definidas por esta entidad, y toda vez que la DIAN no tuvo injerencia en la definición de tales condiciones ni participó en la selección de proveedores, ni definió los tiempos de entrega, Colombia Compra Eficiente tiene el deber legal de atender los riesgos derivados de la inejecución del Acuerdo o las órdenes de compra puestas al amparo de este. Particularmente precisa que, de conformidad con la facultad sancionatoria que reside en cabeza de Colombia Compra Eficiente, y conforme al riesgo No 6 previsto en la Matriz de Riesgos del instrumento, se estableció como tratamiento *“Estipulación contractual que permita la aplicación de descuentos a los proveedores por incumplimiento de ANS. Estipulación contractual de multas y sanciones al proveedor”*, y que, de no dar el tratamiento previsto el cual se encuentra contemplado en la cláusula 18 de la minuta del Acuerdo marco, estaría dando lugar a la materialización del riesgo sin que pueda imputarse o trasladarse a la entidad compradora.

2.3. La Agencia Nacional de Contratación Pública aplica de manera errónea la figura de la multa en las órdenes de compra

Aclara la UAE-DIAN que, se equivoca Colombia Compra Eficiente en la lectura de la naturaleza conminatoria de las multas, pues, cuando el Consejo de Estado manifiesta que se encuentran obligaciones pendientes a cargo del contratista, se refiere a la vigencia del contrato como tal, más no a las obligaciones contractuales incumplidas, pues una vez probado que no se ha prestado el servicio en un tiempo determinado, resulta imposible demostrar que cesa la situación de incumplimiento. Por ello, la finalidad de la DIAN con el

RESOLUCIÓN NÚMERO 201 de 2020 Hoja N°. 4

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

procedimiento administrativo sancionatorio en cabeza de Colombia Compra Eficiente busca conminarlo a cumplir en lo que resta de ejecución de las órdenes de compra en los tiempos máximos de distribución, lo cual de acuerdo con la cantidad de posibles incumplimientos reportados tampoco ha sido posible, configurándose una inadecuada aplicación de la potestad sancionatoria.

Reitera que no es claro como el proveedor Servicios Postales Nacionales pudo ponerse al día en las obligaciones incumplidas cuando los tiempos máximos de distribución establecidos en el acuerdo marco, de 24 horas hábiles para mensajería expresa nacional urbana, 48 horas hábiles departamental, 72 horas hábiles nacional y 144 horas hábiles para difícil acceso, ya terminaron.

2.4. La Agencia Nacional de Contratación Pública relaciona los ANS con la multa de manera errónea

Finalmente, se refiere la UAE – DIAN a que, los descuentos realizados en la facturación no tienen ningún tipo de relación con la multa pues esta última busca conminar al contratista para que cumpla con lo pactado en el contrato y no tiene finalidad indemnizatoria o reparadora del daño, por lo que no puede argumentarse que los descuentos realizados cumplan la función conminatoria de la multa, pues como se evidencia, a la fecha persiste la situación de incumplimiento.

2.5. Prueba sustentada por la Supervisora del contrato en audiencia de fecha 20 de febrero de 2020

En audiencia aporta 10 folios de material probatorio y precisa la Supervisora “Como Supervisora del contrato, con la decisión de Colombia Compra Eficiente en donde dicen que ellos ya cumplieron con el cargue y los envíos perdidos, yo salí de la audiencia y le pedí a mi equipo que hiciera una revisión minuciosa de las 55.108 guías no cargadas de las cuales pudimos revisar por el tiempo solo 50.000, de esas 50.000 encontramos 424 registros de guías con información errónea, dentro de la información entregada por 472 donde ellos manifiestan una fecha de digitalización – terminación donde ellos cierran el ciclo diferente a lo que realmente nosotros pudimos evidenciar en la página. Para ello anexo la relación de las 424, en donde traigo 3 casos puntuales que son bastante delicados y los enuncio de la siguiente forma:

Envío PC005927984CO que fue impuesto el 23 de enero de 2019, ellos en la fecha de cargue en el SIPOST dice que fue con fecha de cierre del 27 de mayo de 2019, claramente este término excede el que contempla la orden de compra, pero al revisar minuciosamente, evidenciamos que este documento nunca fue entregado y por solicitud nuestra el documento fue cerrado con un denuncia de pérdida el 9 de diciembre de 2019.

Es bastante desmotivante que ellos hacen unos cierres con unas fechas falsas a 27 de mayo, cuando realmente se cierra el 9 de diciembre, en donde aporé el denuncia respectivo que ellos hacen de la pérdida del documento.

14 de febrero del 2019, cierre el 27 de mayo fecha de denuncia 1 de noviembre de 2019.

Son los casos más relevantes de los 424 que enlistamos en los que encontramos que la guía era ilegible o estaba con espacios en blanco, pero todos ellos obedecen posteriormente a una denuncia por parte de 472 como pérdida del documento con fecha de cierre anterior, supuestamente de cargue como prueba de entrega.

La otra es del 12 de abril, y efectivamente pusieron el denuncia el 1 de noviembre de 2019, con el respectivo denuncia adjunto para probar que no entendemos cual es la prueba que aporta 472 para demostrar que ellos cumplieron, cuando esto claramente evidencia un muy tardío cargue de la información en el mismo sistema de ellos”.

3. Pronunciamiento del Proveedor Servicios Postales Nacionales – 472 frente al Recurso de Reposición

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

Habiéndose corrido el traslado por el término legal, el proveedor Servicios Postales Nacionales – 472 radicó ante Colombia Compra Eficiente escrito contentivo de 6 folios en el cual se pronunció frente al Recurso interpuesto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en los siguientes términos:

3.1. Resumen de los hechos

El proveedor realiza un resumen sucinto de los hechos ocurridos en desarrollo de la actuación administrativa contractual que dio inicio el 19 de septiembre de 2019, indicando principalmente que con ocasión de lo indicado en audiencia de 31 de octubre de 2019 y la obligación a cargo de la DIAN de allegar nuevamente el Anexo 31 con la relación de las guías presuntamente digitalizadas fuera de tiempo. Aun cuando la DIAN dio traslado de la prueba solicitada en el término otorgado por Colombia Compra Eficiente, allegó la documentación en formato PDF, a lo que el proveedor solicitó posteriormente que le fuera facilitado el archivo en Excel para poder hacer el cruce de la información allí consignada, pues el formato PDF implicaría tener que hacer una revisión manual adicional.

3.2. Pronunciamiento y análisis sobre el argumento jurídico – Falsa de motivación

Indica el proveedor Servicios Postales Nacionales que no es procedente por parte de la DIAN indicar que corresponde a falsa motivación no generar una multa conminatoria por el hecho de estar reconocido que algunos envíos han sido entregados fuera de tiempo, pues como se ha indicado durante toda la actuación administrativa, es la Comisión de Regulación de Comunicaciones la entidad competente para regular las condiciones técnicas de prestación del servicio de mensajería expresa y también ha establecido un margen de tolerancia en el cumplimiento de la obligación de tiempos de entrega, basado en que estamos frente a un servicio logístico nacional e internacional que está sujeto a las diferentes incidencias en terreno, cambios de custodia, entre otras actividades operativas, por lo que no es pertinente exigir un cumplimiento del 100% de la operación, pues se convierte en una obligación de imposible cumplimiento.

Indica a su vez que de acuerdo con las pruebas del proceso, no se observa una individualización por parte de la DIAN de los envíos que están pendientes por cumplir, más aun, sobre los envíos pendientes, por digitalizar solo transcurridos varios meses y superado el periodo probatorio, se aportó la prueba al proceso administrativo, de tal forma que la entidad (472) no ha evadido su pronunciamiento, sino que, se ha limitado a la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y debido proceso; el ser entregadas de forma extemporánea la prueba y en un tipo de archivo que no permita su rápido análisis con dicha finalidad.

Indica también que es la DIAN quien tiene la carga de la prueba y demostrar cuales envíos están pendientes de entregar o cerrar y no puede pretender trasladar el análisis de la prueba a Colombia Compra Eficiente o 472 y que no puede seguir aportando nuevas pruebas en cada etapa procesal pues la decisión solo puede basarse en las pruebas aportadas al momento de iniciar la actuación administrativa.

Respecto del material aportado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con el recurso de reposición, manifestó que a la fecha no cuenta con envíos pendientes de entrega dentro del período del 18 de diciembre de 2018 al 30 de septiembre de 2019, así:

De acuerdo con el anexo aportado con el recurso, no permitimos adjuntar CD donde se evidencia que todos los envíos relacionados tienen su imagen correspondiente y en caso de denuncios o constancias de perdida se tiene publicado en la página web (sistema de seguimiento y trazabilidad y en el presente CD que también es entregado de manera periódica a la DIAN con el fin de facilitarles su análisis y labor de supervisión.

De acuerdo con lo anterior, se realizó la transcripción de los 424 registros en donde se evidencio:

RESOLUCIÓN NÚMERO 201 de 2020 Hoja N°. 6

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

- Se encontraron 3 registros repetidos, por lo cual, envíos reales son 421.
- 399 envíos cuentan con denuncia digitalizado en SIPOST, de igual manera la información se entregó a la DIAN por medio del disco duro radicado el día martes 25 de febrero 2020, pero también han sido entregados en cada instancia del proceso de supervisión.
- 10 envíos fueron entregados exitosamente a su destinatario y cuentan con la prueba de entrega digitalizada en SIPOST de igual manera, la información se entregó a la DIAN por medio del disco duro radicado el día martes 25 de febrero de 2020 y en la instancia correspondiente
- 7 envíos fueron entregados como devolución y cuentan con el reporte globalizado en SIPOST, de igual manera, la información se entregó a la DIAN por medio del disco duro radicado el día martes 25 de febrero y en la instancia correspondiente
- Adicional se encontraron las siguientes inconsistencias en las entregas las cuales fueron informadas por cada punto operativo y/o ejecutivo a la oficina de la DIAN correspondiente:

PC006082688CO guía reemplazo envío YG217016328CO

PC006082705CO guía reemplazo envío YG217016345CO

PC006082728CO guía reemplazo envío YG217016362CO

PC007319235CO guía reemplazo envío PC007319213CO

PC007980545CO guía ok

4. Consideraciones de Colombia Compra Eficiente

En mérito de lo anterior, Colombia Compra Eficiente para resolver el recurso de reposición interpuesto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN analiza las consideraciones expuestas por el recurrente y la respuesta allegada por el Proveedor Servicios Postales Nacionales – 472 en el siguiente sentido:

4.1. Respetto de la falta de motivación

Sobre la expedición de la Resolución 0043 de 2020, el recurrente indica que existe falsa motivación toda vez que se está desconociendo el incumplimiento cuando menos parcial por parte del Proveedor en la ejecución de las órdenes de compra, y no se tuvieron en cuenta las manifestaciones realizadas por el proveedor y la entidad compradora que indican que no se han cumplido en la totalidad los tiempos de entrega definidos en el Acuerdo Marco.

Es pertinente indicar lo que ha dicho la jurisprudencia respecto de la falta de motivación como excepción frente a la fundamentación de los actos administrativos. El Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia No 09988 del 03/10/09, Magistrado Ponente Germán Rodríguez Villamizar ha indicado:

“La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación”⁽²⁾

⁽²⁾ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 17 de febrero de 2000, expediente 5501, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola.

RESOLUCIÓN NÚMERO 201 de 2020 Hoja N°. 7

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

De otro lado, en lo que atañe a la carga probatoria de la citada causal de anulación, la Corporación ha expresado lo siguiente:

“La falsa motivación, quien la aduce tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos” (3) .

De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales transcritos, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) La falsa motivación, como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho.

b) Quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (onus probandi) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos.

En este orden de ideas, una vez establecidos los argumentos que sustentan la excepción formulada por la parte ejecutada, al igual que el contenido de los actos administrativos acusados de ser nulos, la Sala procederá a abordar el estudio de los cargos propuestos.

1) Como ha quedado explicado, la falsa motivación como vicio del acto administrativo trae como consecuencia la anulación del acto, ya sea en sus consideraciones de hecho o de derecho y, además, cuando quien solicita, prueba la existencia de dicho vicio”.

Colombia Compra Eficiente aclara que, para la constitución del Acto Administrativo 0043 del 13 de febrero de 2020 tuvo en cuenta todo el material probatorio allegado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y por el Proveedor Servicios Postales Nacionales, atendiendo así a la determinación de la improcedencia de la multa al proveedor por las razones expuestas en la parte motiva y resolutive. No obstante, se pronunciará esta entidad sobre las demás consideraciones expuestas por el recurrente en relación con la facultad sancionatoria y la naturaleza jurídica de las multas para proferir una decisión de fondo.

4.2. Respetto de la aplicación errónea de la figura de la multa en las órdenes de compra

Indica en su escrito el recurrente que, Colombia Compra Eficiente aplica de mala manera la figura de la multa pues está minimizando su naturaleza conminatoria. Al respecto, se indica que la potestad sancionatoria de la Administración para imponer multas no constituye un poder ilimitado, sino por el contrario a uno sujeto a ciertos requisitos y restricciones, entre ellos, los fijados por la competencia en razón del tiempo. Ésta hace que las multas sean jurídicamente viables únicamente dentro del término contractual, esto es, cuando la ejecución de las obligaciones puede tener lugar y no frente a un negocio vencido. No hay que olvidar que esta medida coercitiva provisional se edifica sobre la base de constreñir al colaborador de la Administración cuando la observancia de las prestaciones convencionales aún resulta posible. Carece de sentido, en cualquier caso, el ejercicio de un poder sancionatorio que en nada incidirá en la satisfacción de las prestaciones a cargo del contratista, pues en esos eventos procederán mecanismos de acción de contenido reparatorio. De otro lado, la doctrina ha considerado que las multas constituyen una forma

RESOLUCIÓN NÚMERO 201 de 2020 Hoja N°. 8

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

de coerción que se ejerce sobre el contratista para que cumpla con las obligaciones que están a su cargo y, por consiguiente, cuando éste las ejecuta, la finalidad de la medida desaparece y con ella la posibilidad de imponer la sanción. En relación con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que en razón de la finalidad apremiante de las multas en los contratos estatales resultaba inherente a su naturaleza que ésta fuera impuesta antes de que el contratista ejecutara sus obligaciones, pues es en ese instante en donde la sanción tiene razón de ser en la medida en que aún sirve como mecanismo de presión o coerción.

En cualquier caso, se deben acreditar los supuestos que permiten la imposición de la sanción, dentro de los cuales, deben estar, al menos, la prueba del incumplimiento contractual y la culpa del contratista. Al respecto, basta con anotar lo expuesto por la Corte Constitucional: para imponer la sanción penal, disciplinaria o administrativa no basta con que el actor ejecute el comportamiento reprochable: es requisito sine qua non que la autoridad sancionatoria verifique las condiciones en que se produjo la falta y examine el grado de conocimiento y voluntad que intervinieron en la configuración del comportamiento.

También en consonancia con la excepcionalidad y la urgencia del control y vigilancia, el último inciso del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción establece que, si antes de la imposición unilateral por acto administrativo de la multa, el contratista cumple con su obligación, la entidad podrá dar por terminado el proceso sin importar el momento en que éste se encuentre. El “podrá” que algunos interpretan como útil para también persistir en el procedimiento sancionatorio, aunque ya el contratista haya cumplido, se refiere no a una atribución discrecional, sino al hecho de que puede ejercerse “sin importar el estado en que éste se encuentre” el procedimiento. Ahora bien, la consagración de esas facultades extraordinarias para imponer multas cuando el incumplimiento aún está presente no implica que haya lugar a pactar solo multas conminatorias en contratación estatal y que se hayan desterrado las denominadas multas “por mero retardo”, cuya consagración y funcionamiento en el derecho privado están suficientemente decantados en el artículo 1594 del Código Civil.

Así las cosas, las multas que las diferentes entidades estatales pueden imponerle al colaborador de la Administración tienen una finalidad específica, inducir al cumplimiento del contrato. Por ello, se incluyen dentro de las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a las definitivas, como la caducidad. Ya que lo que con ellas se sanciona son incumplimientos parciales salvables los cuales no imposibilitan la ejecución de las prestaciones surgidas con ocasión del acuerdo de voluntades.

Ahora bien, para el caso que nos atañe se evidencia de las pruebas recaudadas en la actuación administrativa, así como en comunicaciones relacionadas con el Presunto incumplimiento por parte del mismo Proveedor Servicios Postales Nacionales y por la Entidad Compradora, que 472 tenía conocimiento del estado del presunto incumplimiento en los tiempos de entrega en la ejecución de las órdenes de compra 34347 y 34348 y aludió que, dichos incumplimientos se deben a la premura en los tiempos de entrega establecidos en el Acuerdo Marco de Precios de Servicios de Distribución y a los cuales él no se encuentra obligado por ser el Operador Nacional, así como tampoco al cumplimiento de la operación logística en el 100%

Así lo manifestó Servicios Postales Nacionales - 472 en comunicación de solicitud de terminación anticipada de la orden de compra de fecha 20 de diciembre de 2019, Radicado DIAN No OOOE2019043895:

“(…)

Lo anterior, teniendo en cuenta que el diseño y estructura de las condiciones técnicas uniformes no permite un cumplimiento al 100% por las circunstancias operativas, así como la importancia de las comunicaciones de la DIAN que en su mayoría implica la notificación de actos administrativos de contenido económico que si bien se encuentran enmarcados dentro de los porcentajes de entrega permitidos de la CRC (3% para urbano y 7% RURAL) en repetidas ocasiones la Dian ha informado que por la naturaleza de los actos que emiten requieren un 100% de

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

cumplimiento, en una operación que por su complejidad no es posible garantizar, por consiguiente, se procede a señalar la siguiente justificación:

Así mismo. el diseño de los tiempos de entrega y los tiempos del acuerdo marco no fueron acordes con la regulación de la materia Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. Competente para regular las condiciones técnicas del servicio público postal, puesto que no se observó y aún más, se modificó lo establecido en el art. 6 del Decreto 3095 de 2011 referentes a las condiciones técnicas y de calidad del servicio, puesto que los tiempos de entrega previstos para el servicio de mensajería expresa los amplió al igual que la cobertura de entrega y definió tiempos de devolución menores a los de la entrega, ejemplo en difícil acceso el tiempo de entrega son 6 días y la devolución debe realizarse en 4 días, lo que genera que se incumpla necesariamente esta obligación puesto que existen destinos donde llegar en el tiempo de 6 días presenta dificultades y posibles riesgos de incumplimiento del tiempo de entrega y para su devolución del envío no entregado o de la guía cumplida, se requiere un tiempo igual al de entrega, por ser el mismo trayecto y al ser menor este tiempo necesariamente se va a incumplir con la obligación, esto explica por qué es más alto volumen de envíos que se devuelven fuera de tiempo que aquellos que se entregan fuera de tiempo.

El proceso operativo del servicio postal (mensajería y/o correo) implica diferentes etapas operativas como la admisión, clasificación, transporte y entrega del objeto, para la cual se establecen los tiempos de entrega y devolución como metas de calidad, operación que implica diferentes cambios custodia y eventos que se van registrando en el sistema operativo en la medida que el envío viaje a su destino y dentro del cual se reconoce por la misma autoridad regulatoria (CRC) que pueden existir fallas o incidentes propias de la operación que retrasen el proceso de entrega del objeto generando unos porcentajes de calidad del servicio dentro de los cuales se deben cumplir los tiempos de entrega, definidos así: para envíos internacionales la meta de calidad es el 92% de los envíos que se deben entregar dentro del tiempo regulado, del 93% para envíos nacionales y 97% para envíos urbanos que deben ser entregados en el tiempo establecido. Hoy el acuerdo marco exige el 100% de los envíos entregados en tiempo y devueltos en tiempo, obligación de imposible cumplimiento.

Que actualmente cursa formalmente una reclamación por 16.203 envíos entregadas fuera de tiempo sobre una imposición de 431.708 envíos impuestos. equivalentes al 3.7% por ciento de la operación y una reclamación de 55.815 envíos devueltos o realizada su operación inversa fuera de tiempo equivalente al 12.9% por ciento, que como se ha explicado, por el diseño operativo el tiempo de devolución del envío genera un incumplimiento mayor de la obligación porque este tiempo debió ser al menos igual al tiempo de entrega”.

En ese sentido, la postura reprochable del Proveedor 472 se consolida en la materialización del conocimiento del incumplimiento en la ejecución contractual tanto en los tiempos de entrega como en los porcentajes máximos permitidos para la prestación de un servicio de calidad. Mal entiende el proveedor al aludir que la entidad compradora requiere de una ejecución del 100% sin derecho a error, pues se esta exigiendo el cumplimiento de una obligación a la que el proveedor se comprometió conforme a su capacidad operativa participando en un proceso licitatorio en igualdad de condiciones frente a otros proveedores del mismo servicio.

Al respecto, Colombia Compra Eficiente ha precisado lo siguiente:

“El Acuerdo Marco de Precios de Servicios de Distribución fue estructurado por Colombia Compra Eficiente con el propósito de mejorar las condiciones de contratación del Servicio de Distribución al estandarizar las especificaciones técnicas, los precios y las condiciones de entrega ofrecidas a las Entidades Compradoras. Así las cosas, se establecieron unos parámetros de cumplimiento para los que los proveedores, en ese momento oferentes, presentaron propuesta para resultar adjudicados en uno o varios segmentos del Acuerdo

RESOLUCIÓN NÚMERO 201 de 2020 Hoja N°. 10

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020"

Marco. Desde el momento de la estructuración y presentación de ofertas, Servicios Postales Nacionales conocía las condiciones técnicas de la entrega del Servicio de Mensajería expresa nacional e internacional, habiendo presentado oferta por las especificaciones del Acuerdo Marco a la cual asignó un valor que, dentro de su estructura de costos y mercado, contempló como suficiente para cumplir las obligaciones contratadas. Por esta razón las disposiciones y precios de los instrumentos no justifican los presuntos incumplimientos que se han venido presentando, pues admitir tal justificación implicaría que todos los proveedores que a la fecha se encuentran prestando el Servicio de Distribución con ocasión del Acuerdo Marco, justifiquen la inejecución o mala planeación en la estructuración de la propuesta respecto de unas condiciones que su operación no les permitía cumplir en los términos pactados. Ahora bien, respecto del planteamiento de los tiempos de entrega, como se encuentran fijados en el Acuerdo Marco, se encuentra que los mismos no distan diametralmente de los fijados en la Resolución 3095 de 2011.

el espectro de entrega nacional se amplía a 72 horas en favor del prestador del Servicio. Pese a lo anterior, atribuye 472 las complicaciones en la prestación del servicio principalmente al término otorgado para las entregas en zonas de difícil acceso y los tiempos que comprende la devolución. Sin embargo, mal hace el Proveedor en atribuir la indebida prestación del servicio a los tiempos de entrega, sin recordar la disposición que trae el parágrafo 1 del artículo 6 de la Resolución 3095 de 2011 que establece: *"Los parámetros establecidos en el cuadro anterior son metas de calidad promedio para el total de envíos. Podrán existir casos en los cuáles el tiempo de entrega de los envíos supere o sea inferior a los establecidos en las metas de calidad. Sin embargo, el promedio para el total de las entregas se debe ajustar a los porcentajes de cumplimiento establecidos. En todo caso el operador postal de mensajería expresa estará en la obligación de cumplir con los tiempos de entrega estipulados en sus ofertas comerciales a los usuarios.* (Subraya fuera de texto)

De la precisión subrayada se extrae que la misma Resolución de la Comisión de Regulación de Comunicaciones en respeto de la autonomía contractual, estableció que en los eventos en que un prestador de Servicio Postal conforme al diseño de su operación para la prestación del servicio establezca tiempos de entrega superiores o inferiores a los allí fijados, deberá cumplir con estos como garantía de la relación contractual que se derivará de su propuesta frente al contratante. Por lo anterior, no es admisible para Colombia Compra Eficiente la justificación de 472 frente a la imposibilidad de prestar el servicio en los términos pactados en el Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, pues al presentar oferta aceptó los términos y condiciones establecidos en el contrato y se obligó a prestar el servicio de la manera convenida a las entidades compradoras. Como se indicó en párrafos anteriores, aceptar tal circunstancia, daría lugar a que todos los proveedores del Acuerdo Marco aludieran imposibilidad en el cumplimiento de los tiempos contratados disponiendo a su arbitrio las condiciones de ejecución, lo cual excede de la natural estandarización prevista por el Acuerdo.

De conformidad con lo anterior, el Proveedor no puede excusarse en una mala configuración de su propuesta para obtener negocios mediante órdenes de compra al amparo del acuerdo marco y justificar ahora un presunto incumplimiento con ocasión a su imposibilidad en el cumplimiento de las condiciones contractuales, por lo que, la potestad sancionatoria de Colombia Compra Eficiente se erige desde la estructuración del Acuerdo Marco de Precios, con la exigencia en igualdad de condiciones a todos los proveedores del mismo el cumplimiento de sus deberes legales con las entidades compradoras.

Finalmente, en relación con la naturaleza conminatoria de las multas, la prestación de los servicios de distribución se exige el cumplimiento de unos tiempos de entrega, que además de haber manifestado el Proveedor su imposibilidad de cumplirlos, no basta con que como alude en el escrito de respuesta al recurso de reposición se encuentre al día con los envíos a septiembre de 2019, pues la oportunidad para la prestación adecuada del servicio en los términos del contrato precluyó desde el momento en que se incumplieron los tiempos de entrega pactados en el Acuerdo Marco y aceptados por el proveedor.

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

RESUELVE:

Artículo 1. Modificar integralmente la Resolución No 0043 del 13 de febrero de 2020 “*Por la cual se decide la actuación administrativa ACS-SNEG-003-2019, respecto de la ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347 al amparo del Acuerdo Marco de Servicios de Distribución, CCE-411-1-AMP-2016*”

Artículo 2. En consecuencia, declarar que el Proveedor Servicios Postales Nacionales – 472 incumplió la cláusula 11 del Acuerdo Marco de Precios, por incumplir los tiempos de entrega fijados en la tabla 2 del numeral 11.12 y no tener disponible la totalidad de las pruebas de entrega en los tiempos establecidos en el numeral 11.22, y por incumplir para el segmento 2 (mensajería internacional) los tiempos máximos de distribución descritos en el anexo 3 del Pliego de condiciones de conformidad con lo establecido en el Acuerdo Marco de Servicios de Distribución en ejecución de las órdenes de compra 34348 y 34347.

Artículo 3. Ordenar al Proveedor Servicios Postales Nacionales el pago de la suma de \$233.659.969 por concepto de multa de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 18 del acuerdo marco de precios CCE-441-1-AMP-2016 por las razones expuestas y por el 5% del valor de cada una de las órdenes de compra relacionadas a saber:

Valor de la Orden de Compra	Multa 5%	Orden de Compra
\$ 4.843.181.117,95	\$224.159.055	34348
\$ 190.018.296,25	\$9.500.914	34347

Servicios Postales Nacionales deberá pagar la citada suma dentro de los 8 días hábiles siguientes a la firmeza del presente Acto Administrativo.

Artículo 4. Ordenar en subsidiariedad a la Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A. afectar la cláusula de multas y sanciones del acuerdo marco de precios CCE-441-1-AMP-2016 por las razones expuestas y por el 5% del valor de cada una de las órdenes de compra, esto es, la suma de \$233.659.969, con cargo a la garantía única No. GU067721. El pago procederá si una vez surtido el plazo previsto en el artículo 3 del presente acto administrativo, el contratista no hubiere dado cumplimiento de lo ordenado por Colombia Compra Eficiente.

Artículo 5. Ordenar a la Aseguradora de Fianzas S.A., dar cumplimiento de lo ordenado en el artículo 4 de la presente Resolución, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo otorgado al contratista para el cumplimiento de lo ordenado por Colombia Compra Eficiente. Lo anterior, en atención a lo dispuesto por el artículo 1080 del Código de Comercio.

Artículo 6. Solicitar al Proveedor Servicios Postales Nacionales y a la Entidad Compradora Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN en ejercicio de su autonomía contractual, establecer si a la fecha se encuentran saldos pendientes por pagar al contratista y si a ello hay lugar, viabilizar si opera la figura de la compensación como forma de extinción de las obligaciones. Sin que por ello se extinga la obligación a cargo de la contratista contemplada en el artículo 2 del presente acto administrativo.

Artículo 7. En firme la decisión, ordenar la publicación de la sanción impuesta al proveedor en los registros determinados por la Ley y el reporte de la misma a la Cámara de Comercio respectiva, así como a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

Artículo 8. Notificar la presente resolución al representante legal del Proveedor Servicios Postales Nacionales y a la aseguradora Seguros Confianza de acuerdo con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN como entidad recurrente.

Artículo 9. La presente Resolución rige a partir de su notificación y contra la misma no procede recurso alguno.

RESOLUCIÓN NÚMERO 201 de 2020 Hoja N°. 12

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición interpuesto en contra de la resolución 0043 de 13 de febrero de 2020”

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 16 días del mes de octubre de 2020



ANDRÉS RICARDO MANCIPE GONZÁLEZ

Subdirector de Negocios