



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 11001-33-34-002-2018-00027-00
Demandante: Juan De Dios Arias López
Demandado: Instituto para la Economía Social –IPES–

NULIDAD

Procede el Despacho a resolver la solicitud de suspensión provisional de la Resolución 18 del 31 de enero de 2017 expedida por el Instituto para la Economía Social –IPES–, presentada por el señor Juan De Dios Arias López, con base en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Juan De Dios Arias López, presentó demanda con pretensión de nulidad del artículo 59 de la Resolución No. 18 del 31 de enero de 2017, a través de la cual la Directora del Instituto para la Economía Social –IPES– adoptó el Reglamento Administrativo, Operativo y de Mantenimiento de las plazas de mercado del Distrito Capital de Bogotá y dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

"ARTÍCULO 59°. CERRAMIENTO POR MORA. *En caso de mora certificada por la Subdirección Administrativa y Financiera de las obligaciones pecuniarias a cargo del comerciante en plaza de mercado distrital, la Entidad procederá al cierre del local, puesto o bodega de manera inmediata hasta por siete (7) días.*

PARÁGRAFO. *Para dicho cerramiento no se aplicarán las normas dispuestas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." (Mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original – fl. 74 y 75 del cdno. ppal.).*

A juicio del demandante los actos demandados están viciados de nulidad por las siguientes razones:

a.- Nulidad por violación del artículo 150 de la Constitución Política; artículo 104 numeral 2° de la Ley 1437 de 2011; artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; artículo 59 de la Ley 80 de 1993, por establecer una sanción administrativa de carácter contractual en contraposición a normas de mayor jerarquía constitucional y legal

Consideró el apoderado del IPES que el artículo 59 de la Resolución No. 18 de 2017 establece una medida sancionatoria de carácter contractual y ejecución inmediata, excluyendo la aplicación de un procedimiento administrativo que permita la graduación de la pena, la defensa y la aplicación de un debido proceso.

Indicó que el IPES debe respetar la jerarquía normativa so pena de entrar en un abuso de función.

Precisó que en materia contractual la administración no puede crear procedimientos a través de actos administrativos reglamentarios y mucho menos sanciones, tratando de aplicar una responsabilidad objetiva mediante un procedimiento de ejecución inmediata o ejerciendo facultades administrativas sobre hipótesis no previstas en la ley.

Expuso que en el presente asunto, no existe un vacío normativo que justifique la sanción contractual que el IPES creó mediante el artículo 59 de la Resolución No. 18 de 2017.

Sostuvo que no le está dado al IPES introducir normas sancionatorias que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones contractuales, como tampoco ampliar, restringir, suprimir o modificar el sentido de la ley pues, excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador.

b.- Nulidad por violación del artículo 29 de la Constitución; artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; artículo 86, literal b) de la Ley 1474 de 2011; artículo 59 de la Ley 80 de 1993; artículo 17 del Decreto Presidencial 1510 de 2013, por desbordar la facultad reglamentaria al establecer una sanción administrativa excluyendo expresamente el derecho al debido proceso

Señaló que el IPES profirió el artículo 59 de la Resolución No. 18 de 2017 sin estimar si posee facultad legal para reprimir el comportamiento y determinar su sanción, sin correr traslado de los cargos y sin que se haya dado oportunidad al vinculado de que presente sus explicaciones.

Adicionalmente, indicó que con dicha disposición el IPES no se toma el trabajo de examinar los descargos dentro de la parte motiva de la resolución sanción, tampoco permite la práctica de las pruebas necesarias y mucho menos garantiza el derecho de contradicción.

Concluyó que de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución Política, el IPES no se encuentra facultado para imponer sanciones, adoptar actos reglamentarios de carácter general encaminados a afectar a los comerciantes en concreto, sin haber adelantado previamente un procedimiento en el cual el sujeto sancionado haya gozado de la plenitud de las garantías que el artículo 29 Constitucional pregonan.

c.- Nulidad por violación de los artículos 150, 300 numeral 8 y 315 numeral 2 de la Constitución, artículos 11, 12, 17, 172, 196, 198, 238 y 242 de la Ley 1802 de 2016; artículos 7, 12 numeral 18 y 23 y artículo 35 del Decreto Ley 1421 de 1993; artículos 164 numeral 8, 173 y 187 del Acuerdo Distrital 79 de 2003, por imponer sanciones de cierre de local, puesto o bodega, es decir, suspensión temporal de actividad sin fundamento legal y careciendo de una potestad de carácter policivo para imponerla y ejecutarla

Aseguró que el IPES no tiene la facultad normativa o reglamentaria de carácter policivo que le permita restringir derechos estableciendo sanciones diferentes a las previstas por el legislador.

De igual forma, precisó que el IPES no está facultado para establecer, imponer y ejecutar la medida correctiva de cierre temporal de local, puesto o bodega en la plaza de mercado por cuanto, no tiene la calidad de autoridad de policía, de conformidad con lo previsto en el artículo 198 de la Ley 1801 de 2016.

d.- Nulidad por violación de los artículos 1, 4, 6, 29, 121, 209 y 241 de la Constitución Política; artículos 3 y 47 a 52 de la Ley 1437 de 2011, por falta de competencia para establecer sanciones administrativas, vulnerando los principios de legalidad y tipicidad de las sanciones.

Arguyó que el IPES en la disposición cuya nulidad se solicita incurrió en un exceso o usurpación de poder pues, la competencia en este asunto está reservada al legislador ya que no hay falta administrativa sin norma de rango legal que la establezca y que señale la sanción.

Así, acotó que el IPES incurrió en una violación flagrante a las normas constitucionales y legales que determinan la legalidad de la sanción administrativa por cuanto, usurpó la función legislativa e impuso una medida correctiva de aplicación inmediata sin darle la oportunidad al presunto infractor de hacer uso del debido proceso para su defensa, excediendo el ejercicio de sus competencias reglamentarias.

1.2. Las medidas cautelares

Mediante manifestación expresa contenida en el escrito de la demanda, la parte actora solicitó la medida cautelar de suspensión de los efectos del artículo 59 de la Resolución No. 18 de 2017 expedida por el Instituto para la Economía Social, por las siguientes razones:

a.- Con el acto demandado el IPES desconoce los preceptos legales y constitucionales que radican en cabeza del Congreso de la República la potestad de expedir la ley de contratación pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política.

b.- Se desconoce el principio constitucional previsto en el artículo 29 de la Constitución de 1991 relativo al debido proceso pues, pareciera que el artículo 59 de la resolución demandada estableciera una responsabilidad objetiva en la que no se respeta el derecho de defensa y contradicción.

c.- El IPES con la sanción del cierre del local, bodega o puesto contenido en la disposición que se demanda se atribuye una función de policía que no le ha sido asignada por la ley.

d.- La autoridad distrital demandada al establecer en el artículo 59 de la Resolución 18 de 2017 que para dicho cerramiento no se aplicarán las normas dispuestas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desconoce que es de reserva legal el procedimiento administrativo sancionatorio, no siendo dable su exclusión por parte de un funcionario público.

Mediante auto del 6 de marzo de 2018, se corrió traslado por el término de cinco (5) días de la medida cautelar a la parte demandada,

providencia que fue notificada el 7 de marzo de 2017 (fls. 30 a 33 del cdno. de la medida cautelar), no obstante, el apoderado del IPES se pronunció al respecto solo hasta el 25 de mayo de 2018, cuando ya había transcurrido el término concedido, razón por la que no se tendrá en cuenta el escrito por el que se describió traslado de la medida cautelar.

2. CONSIDERACIONES

En primer lugar, es preciso anotar que, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagró la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro de todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, sin que dicho acto implique prejuzgamiento alguno. Se recuerda, que en general las medidas cautelares tienen el objeto de garantizar la eficacia de las providencias que ponen fin a los procesos judiciales¹.

Adicionalmente, se pone de presente que de acuerdo con lo previsto en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, las cuales deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

2.1. De la medida cautelar de suspensión provisional

El artículo 231 la Ley 1437 de 2011, fijó una serie requisitos en materia de suspensión provisional, en lo referido a los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos...”

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente No. 110010328000201500018 – 00. Auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil quince (2015). C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado indicando:

*"Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados"*².

Con base en lo anterior, se puede establecer que para el decreto de la suspensión provisional de un acto administrativo, debe llevarse a cabo una confrontación del acto demandado frente a las normas superiores invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud, y de esta manera verificar efectivamente si se presentó una violación a aquellas.

De igual forma, respecto a la nueva normatividad de esta figura, la jurisprudencia ha señalado que:

*"(...) la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud"*³.

Teniendo en cuenta esto, para la decisión sobre la suspensión provisional de un acto, el juez tiene la obligación de examinar el acto frente a las normas invocadas como vulneradas y además debe estudiar las pruebas allegadas con la solicitud de la medida cautelar.

2.3. Del caso en concreto

Con el propósito de determinar si resulta procedente la solicitud de medida cautelar efectuada por el señor Juan De Dios Arias López, se tiene que, en efecto, se está en el curso de un proceso declarativo en el que la parte demandante realizó la petición de la medida en el escrito separado del principal, la cual sustentó en el quebrantamiento

² Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente No. 11001-03-24-000-2013-00030-00. Auto del veintiocho (28) de noviembre de 2016. C.P. Dra. María Elizabeth García González.

³ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Expediente. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. Auto del tres (3) de diciembre de 2012. C.P. Guillermo Vargas Ayala.

de normas del orden constitucional y legal, por lo cual se procederá con el estudio de la medida cautelar.

2.3.1. Acto demandado

- Artículo 59 de la Resolución No. 018 del 31 de enero de 2017 por la que se expidió el Reglamento Administrativo, Operativo y de mantenimiento de las Plazas de Mercado del Distrito Capital de Bogotá, el cual dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 59º. CERRAMIENTO POR MORA. *En caso de mora certificada por la Subdirección Administrativa y Financiera de las obligaciones pecuniarias a cargo del comerciante en plaza de mercado distrital, la Entidad procederá al cierre del local, puesto o bodega de manera inmediata hasta por siete (7) días.*

PARÁGRAFO. *Para dicho cerramiento no se aplicarán las normas dispuestas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." (Mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original – fl. 74 y 75 del cdno. ppal.).*

2.3.2. Análisis de los argumentos expuestos en la medida cautelar

Para efectos de analizar si es procedente el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos que se acusan, por cuestiones metodológicas, el Despacho analizará, en primer lugar, el cargo relativo a la violación del artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

En primer término, es preciso anotar que el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, ha sido concebido como el conjunto de garantías con que cuenta un individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, a través de las que se busca su protección para que durante el trámite se respeten los derechos con que cuenta y se logre la aplicación correcta de la justicia.

El derecho fundamental al debido proceso ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"5.5.1 El artículo 29 de la Carta Política consagra la cláusula general del debido proceso como un derecho constitucional fundamental aplicable "a toda clase de actuaciones

judiciales y administrativas" según el cual, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."

(...)

5.5.2. En términos generales, la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso "como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia".

Como elementos integradores del debido proceso, esta Corporación ha resaltado los siguientes: a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.

5.5.3. Frente a la exigencia de los elementos integradores del debido proceso, esta Corporación ha precisado que es más rigurosa en determinados campos del derecho, como en materia penal, en el que la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales como la libertad de la persona; mientras que en el ámbito del derecho administrativo su aplicación es más flexible, en la medida en que la naturaleza del proceso no implica necesariamente la restricción de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, el cumplimiento de las garantías mínimas del debido proceso contempladas en la Constitución, tendrán diversos matices según el derecho de que se trate, dado que no todo derecho es de orden penal, sino que es posible encontrar "reglas y procedimientos" de otros órdenes como el civil, el administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación de sus propias reglas.

5.6. El debido proceso en materia administrativa.

5.6.1. De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 29 constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que: "no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de

actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas".

5.6.2. La extensión del derecho constitucional fundamental al debido proceso, a las actuaciones administrativas, busca garantizar la correcta producción de los actos administrativos, razón por la cual comprende "todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses".

5.6.3. A este respecto, la Corte ha expresado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otras, las siguientes: i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso."⁴ (Subrayado del Despacho).

Anotado lo anterior y teniendo claridad sobre el principio al debido proceso en materia administrativa, en el presente caso, se tiene que en atención a lo previsto en el literal d) del artículo 79 del Acuerdo 257 de 2006, el IPES tiene la función de administrar las plazas de mercado distritales en coordinación con la política de abastecimiento de alimentos.

Como consecuencia de lo anterior, expidió la Resolución No. 018 de 2017 la cual contiene el Reglamento Administrativo, Operativo y de Mantenimiento de las Plazas de Mercado del Distrito Capital de Bogotá.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-248 del 24 de abril de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

Dicho acto administrativo, dispuso, entre otros asuntos, que en caso de mora certificada por la Subdirección Administrativa y Financiera de las obligaciones pecuniarias a cargo del comerciante en la plaza de mercado distrital, la entidad procederá al cierre del local, puesto o bodega de manera inmediata hasta por siete (7) días. Adicionalmente, indicó, de manera expresa en el párrafo de la norma, que para dicho cerramiento no se aplicarán las normas dispuestas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Realizado el análisis del artículo 59 de la Resolución No. 18 de 2017 y confrontado con el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, encuentra este estrado judicial que dicha disposición transgrede la norma superior antes referida por cuanto, en ella se desconocen las garantías del debido proceso referidas a el derecho de ser oído durante el trámite, a que se adelante el procedimiento por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador, a gozar de la presunción de inocencia, a ejercer los derecho de defensa y contradicción, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen, a que se resuelva en forma motivada, a impugnar la decisión que se adopte, entre otras.

Lo anterior, por cuanto en el párrafo del artículo 59 de la Resolución que se acusa, se indicó expresamente que para dicho cerramiento no se aplicarán las normas dispuestas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin precisar cuál es el procedimiento que se surtiría en esos eventos y las garantías con las que contarían los comerciantes de las plazas de mercado que se encontraran en mora, disposición que, se reitera, va contravía de la noción del principio del debido proceso, por cuanto, los ciudadanos quedan desprovistos de ejercer su defensa y contradicción y de presentar las pruebas e interponer los recursos que consideren necesarias en caso de no estar de acuerdo con el cerramiento del local, puesto o bodega.

Ahora bien, puede suceder que el Instituto demandado en la práctica surta algún procedimiento para realizar los cerramientos de los locales, puestos o bodegas de las plazas de mercado del Distrito Capital, no obstante, aquel no se encuentra contenido en el acto que se demanda ni en otra resolución, de acuerdo con las pruebas que fueron aportadas con el escrito de la demanda y de la medida cautelar, situación que, adicionalmente, desconoce el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 el cual establece que las autoridades administrativas en lo no

previsto en leyes especiales aplicarán las disposiciones de ese compendio normativo.

Por consiguiente, se tiene que el artículo 59 de la Resolución No. 18 del 31 de enero de 2018 infringió el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, razón por la que con el fin de evitar que se afecten las garantías del debido proceso de los comerciantes de las plazas de mercado del Distrito Capital de Bogotá, se procederá a suspender la mencionada disposición.

Así las cosas, en atención a que se encontró demostrado la violación del artículo 29 de la Constitución de 1991, el Despacho se relevará del estudio de los demás cargos propuestos por la parte actora, por sustracción de materia.

No obstante, resulta pertinente indicar que la presente decisión sobre la medida cautelar de suspensión provisional no implica prejuzgamiento, de conformidad con lo expresamente dispuesto en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

RESUELVE

PRIMERO: Decrétase la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del artículo 59 de la Resolución 18 del 31 de enero de 2017 proferida por el Instituto para la Economía Social –IPES-.

SEGUNDO: Comuníquese de manera inmediata esta decisión al Instituto para la Economía Social –IPES-.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LARRY YESID CUESTA PALACIOS
Juez