



JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO  
CIRCUITO DE BOGOTÁ  
Sección Tercera

CIUDAD Y FECHA	Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)
REFERENCIA	Expediente No. 11001333603420190014400
DEMANDANTE	Analityca S.A.S
DEMANDADO	Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA
MEDIO DE CONTROL	Contractual
ASUNTO	Fallo de primera instancia

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de CONTRACTUAL iniciado por **ANALITYCA SAS** contra el **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS –INVIMA**.

## 1. ANTECEDENTES:

### 1.1. La DEMANDA

#### 1.1.1. PRETENSIONES

**PRIMERA:** Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos **RESOLUCIÓN 2018057058 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2018** y de la **RESOLUCIÓN 2018057235 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2018** ambos “por medio del cual se resuelve una actuación administrativa contractual por presunto incumplimiento de contrato de compraventa No. 506 de 2018”.

**SEGUNDA:** Que a título de indemnización y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior se condene al **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA**, a la reparación integral de los perjuicios materiales ocasionados, suma que se tasa en **VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$ 20.000.000.00)**.

**SEGUNDA:** Que a título de indemnización en la modalidad de lucro cesante y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior se condene al **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA**, a la reparación integral de los daños antijurídicos, suma que se solicitara al señor Juez tasar por el perjuicio que ocasionen la duración de inscripción de la sanción por incumplimiento, en los procesos contractuales en los que LA CONVOCANTE participe y la merma de puntaje con ocasión a la declaratoria de incumplimiento registrado en el Certificado de Existencia y Representación Legal, haya sido determinante para la no adjudicación del contrato.

**TERCERA:** Que se condene a la demandada al pago de los valores pretendidos debidamente actualizados con los intereses legales procedentes, desde la fecha de esta solicitud hasta el momento en que se produzca el pago efectivo, de conformidad con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE aplicando la fórmula reconocida por el Consejo de Estado.”

#### 1.1.2. Los HECHOS sobre los cuales basa su petición son los siguientes:

“(…)

- a. **Hechos previos que cobran relevancia en la relación jurídico-negocial que llevaron a cabo los acontecimientos.**

1. Al comenzar el relato de los hechos, es preciso manifestarle al Fallador las actuaciones que anteceden por mucho tiempo el estado de indefensión en que ahora me encuentro y teniendo en cuenta que la vulneración de mi derecho al debido proceso, está contenido en una operación administrativa de CONTRATACIÓN ESTATAL por lo que la narración de los hechos está enmarcada y desarrollada en dicho contexto, donde LA DEMANDADA pretende comprar unos bienes y por ello LA DEMANDADA debe -por ley- realizar unos ESTUDIOS PREVIOS sustentado en **COTIZACIONES** dentro de la etapa PRECONTRACTUAL, para determinar con claridad el estado del mercado de los bienes con los cuales pretende satisfacer las necesidades del servicio público.
2. Dicho lo anterior, es menester informar al Juez de la causa que la persona jurídica que represento, participó en dicho estudio previo **COTIZANDO** los bienes que requería LA DEMANDADA, presentando en su momento la cotización con los bienes ajustados a la realidad del mercado; cotizaciones que fueron enviadas al E-mail: [ksanchezc@invima.gov.co](mailto:ksanchezc@invima.gov.co) desde la cuenta de correo electrónico de nuestra compañía: [asistenteanalitica1@analytica.com.co](mailto:asistenteanalitica1@analytica.com.co), el día viernes, 27 Julio 2018 a las 08:56:17 bajo la identificación de **“COTIZACIÓN 99030636”**, en dicho documento se manifestaba que los bienes objeto de la presente contratación, están disponibles para entrega a **NOVENTA (90) DÍAS**.
3. Luego, con posterioridad a la entrega de la cotización en comento, se emite un mensaje de datos de la cuenta de correo [aamayag@invima.gov.co](mailto:aamayag@invima.gov.co) enviado el martes 25 de septiembre de 2018 a las 02:12 p.m. a las cuentas de correo de nuestra compañía [comercial@analytica.com.co](mailto:comercial@analytica.com.co) con el asunto: **“ACTUALIZACIÓN COTIZACIÓN”**

*“De manera atenta y respetuosa solicitamos incluir en “Características generales” de la cotización que presentaron que se realizara instrucción operacional para el manejo adecuado de los equipos, dirigido al personal de grupos de trabajos territoriales y puertos, después de su instalación y puesta en funcionamiento acorde al Manual de Operación del equipo. Y necesitamos actualizar fecha y vigencia de esta cotización.”*

A lo cual se atendió, reenviando la cotización tal incluyendo aspectos el producto no ofrecía, y que si se ofrecían tenían un valor en dinero (precio) por separado, sin embargo, en atención a las políticas de atención al cliente que tenemos en nuestra compañía, se accedió a dicha solicitud dentro del valor ofrecido en la cotización.

4. Posteriormente, se emite un **NUEVO** mensaje de datos de la cuenta de correo [aamayag@invima.gov.co](mailto:aamayag@invima.gov.co) enviado el jueves 18 de octubre de 2018 a las 3:43 p. m. a las cuentas de correo de nuestra compañía [proyctosespeciales@analytica.com.co](mailto:proyctosespeciales@analytica.com.co) con el asunto: **“RE: COTIZACIÓN 99030636”**

*“**TE ENVIÓ LA INICIAL SOLO INDICAR 15 DÍAS CALENDARIO** y Los equipos deben ser entregados e instalados de la siguiente manera: Uno (1) en las Oficinas del Invima en el Aeropuerto Internacional del Dorado, uno (1) oficinas del Invima en el puerto de Buenaventura, uno (1) en oficinas del Invima Puerto de Cartagena, uno (1) en oficinas del Grupo de trabajo territorial del Eje Cafetero con sede en Armenia.”*

Teniendo en cuenta que nuestra gestión comercial busca la satisfacción plena del cliente, y atendiendo a comunicación internas, se acordó con personal del INVIMA enviar la cotización con las modificaciones requeridas, pero siempre manifestando el plazo de entrega que

oscilaba en **NOVENTA (90) DÍAS**, además de la certeza que se tenía por la funcionaria de LA DEMANDADA que el proceso de contratación estaba próximo a salir, con lo cual en caso de ser adjudicatarios del contrato tendríamos la suficiencia del tiempo para realizar la compra de los bienes, la importación, la nacionalización y la posterior entrega de los mismos en la ciudades de destino.

**b. Hechos centrales en los que se llevaron a cabo los acontecimientos reprochados, de violatorios a los derechos fundamentales.**

5. Finalmente, el proceso de contratación fue publicado en la página web del SECOP 2 el día 19 de octubre de 2018, y entre la publicación y las etapas propias del proceso de contratación, el proceso terminó siendo adjudicado el día 19 de noviembre de 2018.
6. Que el día 23 de Noviembre De 2018 se suscribió entre las partes que integran la presente acción, el **CONTRATO DE COMPRAVENTA No. 506 DE 2018**, cuyo objeto consistía en la **“Adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de equipos de refrigeración - congeladores tipo Laboratorio, para uso de algunas dependencias de la Dirección de Operaciones Sanitarias del Invima a nivel nacional.”** por valor de **CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$ 46.800.000.00)**.
7. Para orientar al Juez de la causa, el objeto de dicho contrato consistía en la entrega de un tipo de “neveras” **IMPORTADAS**, cuatro (4) en total, en cuatro (4) ciudades de territorio nacional todas distantes entre sí.
8. Dicho contrato establecía un plazo de ejecución de **“TAN SOLO”** días contados a partir del **ACTA DE INICIO** (esto fue el 29 de noviembre de 2018), hasta el 10 de Diciembre de 2018, donde, tanto LA DEMANDADA como nosotros sabíamos que en caso de ser adjudicado el contrato, del cual –repito- se hizo parte en el estudio previo cotizando los bienes contratados, por lo que hasta el momento no habría ningún tipo de sorpresa para el INVIMA debido al ya conocido tráfico de información comercial que las partes teníamos previamente.

De lo anterior se puede evidenciar que, EL DEMANDANTE nunca obró de mala fe, ardid o mala fé, pues la entidad sabía desde muchos tiempo atrás que los equipos de refrigeración que pretendía adquirir tenían un **TRÁFICO LOGÍSTICO DE NOVENTA (90) DÍAS**, donde se ajustó la cotización **A PETICIÓN DE LA DEMANDADA!!!!** De tal suerte que cuando se solicita ajustar dichos términos, es porque la entidad preconce con la información que EL DEMANDANTE, que los bienes no podrán ser entregados en el tiempo que ellos solicitan establecer en las cotizaciones, y –como ya se dijo- había un acuerdo entre el personal adscrito (vendedor de ANALYTICA S.A.S.) a EL DEMANDANTE y el INVIMA.

9. El día 7 de Diciembre de 2018, EL DEMANDANTE **AÚN ESTANDO DENTRO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL**, solicitó mediante Radicado No. 20181251375, prórroga al **PLAZO DE EJECUCIÓN CONSISTENTE EN CUARENTA Y CINCO (45) DÍAS**, a fin de poder darle tracto ejecutivo al contrato, bajo la cuerda de la información que la entidad ya tenía sobre el real término en que dichos equipos podrían ser despachados.
10. El mismo día en la que se radicó la solicitud descrita en el numeral anterior, LA DEMANDADA a través de su funcionaria **MONICA JANNETH FARIAS CASAS** perteneciente al **Grupo Apoyo Operativo- Calidad**, responde mediante correo electrónico, lo siguiente:

*“me permito que su solicitud de prórroga de 45 días indicada por el contratista ANALYTICA S.A.S **SERÁ ANALIZADA, CON EL ÁNIMO DE PODER DAR UNA PRONTA SOLUCIÓN, ENTRE LAS DOS PARTES.**”*

*De ahí, que LA DEMANDADA tenía que resolver a la mayor brevedad posible, dado que estaba transcurriendo el PLAZO DE EJECUCIÓN contractual.*

11. Solo hasta el 11 de Diciembre de 2018, **UN DIA DESPUES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN**, mediante oficio Radicado No. 20182058978 responde negativamente a la solicitud de prórroga realizada por EL DEMANDANTE, no otorgando el plazo solicitado y consecuentemente con ello cerrando todas las opciones que podía tener un contratista para ejecutar el contrato adjudicado, **A PESAR DE QUE LA DEMANDADA SABÍA CIERTAMENTE QUE LOS BIENES CONTRATADOS SE EJECUTABAN EN PLAZO DE NOVENTA (90) DÍAS.**
12. Cumplido el “PLAZO DE EJECUCIÓN” contractual el contrato no se pudo ejecutar por mala fe de LA DEMANDADA pues ella sabía – como ya se ha dicho hasta el cansancio- que los bienes no podían ser entregados en el plazo de ejecución plasmado en los términos establecidos en el pliego de condiciones del proceso que precedieron el **CONTRATO DE COMPRAVENTA No. 506 DE 2018.**
13. El día Lunes, 24 de Diciembre de 2018 LA DEMANDADA a través del funcionario IVÁN ALEXANDER CARVAJAL SÁNCHEZ quien ostenta el cargo de SECRETARIO GENERAL, mediante correo electrónico salido de la cuenta de correo: [secgeneral@invima.gov.co](mailto:secgeneral@invima.gov.co) , a la cuenta de correo de EL DEMANDANTE: [asistenteanalytica1@analytica.com.co](mailto:asistenteanalytica1@analytica.com.co) , LA DEMANDADA convoca a la audiencia de debido proceso establecida en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para desarrollarse el día jueves 27 de diciembre de 2018 a las 09:00 a.m., en la sala de juntas de la Secretaria General del INVIMA **“con el objeto de dar inicio a la audiencia para la imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento dentro del marco del contrato de compraventa No. 506 de 20180.”**, citación a la que acudió un representante de LA DEMANDADA.
14. El día fijado para llevarse a cabo la precitada audiencia (27 de Diciembre de 2018), hubo un representante del contratista a quien no se le reconoció personería jurídica para actuar, aunque llevaba consigo un poder especial en criterio de la entidad, dicho poder no contaba “con presentación personal del poderdante”, por lo que LA DEMANDADA realizó dicha audiencia en ausencia de las partes procesales necesarias para la garantía de los derechos constitucionales de los administrados, procediendo de la siguiente manera:

Siendo que la persona asistente por parte del contratista no cuenta con poder debidamente conferido para representar a dicha sociedad en la actuación administrativa, se tiene que la referida empresa no presentó descargos.

A continuación, se procedió a suspender la audiencia a efectos de estudiar minuciosamente los hechos y las afirmaciones hechas por el contratista en sus comunicaciones anteriores al inicio del procedimiento, a efectos de adoptar la decisión que corresponde. Se fijó el 28 de diciembre de 2018 a las 8:00 a.m. como momento de la reanudación de la diligencia.

15. De acuerdo con lo narrado en el hecho anterior, LA DEMANDADA realizó el análisis de los hechos para la declaratoria de incumplimiento, sin tener en cuenta:
  - Los descargos que el Contratista podría ofrecer en la audiencia.
  - Los descargos que la Entidad Aseguradora podría ofrecer en la audiencia.

16. *El día 28 de diciembre de 2018, la expide los actos administrativos reprochados por EL DEMANDANTE, tachados de violación del **DEBIDO PROCESO, SEGURIDAD JURÍDICA, BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA. (...)***”

## 1.2. La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: INVIMA

*Se opone a la prosperidad de la primera pretensión por cuanto se ajustan al principio de legalidad. la demandante fue quien no cumplió con el plazo de ejecución del contrato, no se encuentra demostrada violación alguna al debido proceso.*

También formuló las siguientes **excepciones**:

<b>TITULO</b>	<b>CONTENIDO</b>
INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A CARGO DEL CONTRATISTA	<p>Llegada la fecha estimada. esto es. 10 de diciembre de 2018. la empresa ANALYTICA S.A.S. no allegó el objeto contractual, ni puso en conocimiento alguna novedad.</p> <p>Como puede evidenciar en los hechos anteriormente descritos. en donde se insistió al contratista ANALYTICA S.A.S. cumplir con lo pactado en el contrato de compraventa 506 de 2018 el cual tenía como fecha límite de ejecución el día 10 de diciembre de 2018, no cumplió con la entrega e <b>INSTALACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE EQUIPOS DE REFRIGERACIÓN — CONGELADORES TIPO LABORATORIO.</b></p> <p>Adicional a esto, el incumplimiento ocasionado <b>FRENTE A LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES:</b> Ante la ocurrencia de los hechos citados anteriormente como posibles incumplimientos contractuales, este Instituto tiene la facultad legal de declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, previo al cumplimiento de lo establecido en la ley 1150 de 2017, artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y el manual de supervisión del Instituto.</p> <p>El incumplimiento de las obligaciones referidas genera para el invima los siguientes perjuicios: "Conservación de la muestra: La no ejecución del contrato afectó de manera operativa los procesos de toma de muestra de productos competencia del invima, el cual incluye la etapa de conservación de muestra desde el momento de la toma hasta su recolección de la misma con el fin de ser enviada hacia el laboratorio encargo de realizar el análisis".</p>
LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CENSURADAS EN CUMPLIMIENTO DE LAS	<p>Como bien se ha explicado y probado a lo largo del presente escrito de contestación, las actuaciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA no fueron ilegales y mucho menos infundadas. ni se desvirtúa por parte del demandante, la presunción de legalidad de la que gozan dichos actos.</p> <p>Debe advertirse sobre el deber legal que le asiste al contratista de cumplir y <b>CONOCER</b> en todo momento el objeto contractual. plazo de ejecución y demás condiciones inherentes a la celebración del contrato de compraventa.</p>

DISPOSICIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES. NO SE VIOLÓ DERECHO DE LA DEMANDANTE QUE DEBA SER RESTABLECIDO .	Con todo. las actuaciones o actos emitidos por el INVIMA. no se encuentran amparados en el capricho, arbitrariedad. interpretación errónea o violación de la norma aplicada en el curso de las actividades de contratación, así como tampoco obedece a un proceder de la administración en contra de los derechos de la demandante.  Por lo expuesto. No existe un derecho que deba ser restablecido al demandante, puesto que la Institución no causó vulneración a derecho alguno al contratista, por ende no hay lugar para considerar costas o gastos a su favor. ni resultan procedentes las demás pretensiones formuladas en el escrito de la demanda.
GENÉRICA	Por lo anterior, solicito a su señoría ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes. así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

### 1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1. La apoderada de la **parte actora** señaló que “(...)además de los cargos en la demanda probados en el trámite procesal y en las pruebas que los soportan, es menester indicarle al despacho que la razón por la que mi cliente remite cotizaciones con un plazo de ejecución, luego las modifica -a petición de su cliente- y luego participa en un proceso de contratación que tiene condiciones que podrían tornarse adversas -como en efecto sucedió- , fue la relación comercial honesta y de buena fe que éste sostenía con la demandada, dado que mi cliente ya había contratado con el INVIMA en anteriores oportunidades, que con el paso del tiempo se tejen relaciones de confianza, en la posición de colaborador del estado.

Fue cuando se le solicitó el ajuste de la cotización, que funcionarios de la empresa de mi cliente se comunicaron telefónicamente y personalmente con los funcionarios del INVIMA que previamente se conocían, para indicarle que de salir adjudicatario del proceso, se recurriría a la prórroga para ejecutar el contrato, pero que les ayudaran (mi cliente al INVIMA) para que pudieran “sacar” el proceso al SECOP, pues ellos no podrían sacar un proceso de contratación con plazo de ejecución que sobrepase el 31 de diciembre, a lo cual mi cliente accedió; pues en otros contratos con el estado se ha recurrido a los instrumentos legales para poder cumplir con los fines de la contratación estatal en su calidad – repito- de colaborador del estado.

Sin embargo, una vez suscribe el contrato los mismos funcionarios que le transmitieron confianza en la etapa precontractual para el trámite de la prórroga contractual, inexplicablemente fueron los mismos que le negaron la prórroga que el mismo mercado les indicaba realizar, alegando el principio de anualidad presupuestal, pero dejando de lado los principios de planeación y legalidad, todos en el mismo rango legal, pero este último facultaba a la demandada para constituir reservas y cuentas por pagar para situaciones presupuestales referentes con contratos estatales, sin menoscabar ninguno de los principios invocados por la demandada, siendo la prórroga al plazo de ejecución un elemento NO esencial del contrato, pudiendo modificarse sin degenerar el contrato en otro o modificar el ya existente.

La demandada sabía con plenitud de certeza que los bienes no eran susceptibles de ser

entregados en el 2018, dejar de adquirirlos con los precios del 2018 para adquirirlos en un año posterior, es comprarlos a un precio más costoso, desplegando todas las etapas pre contractuales, precontractuales y contractuales necesarias para la satisfacción del servicio público que se pretende cubrir, lo que se traduce en una pérdida de eficiencia económica de los recursos públicos y administrativa producto del reproceso de todas las etapas.

Además de la cotización de mi cliente, presentada en la etapa de estudios previos, existe otra cotización de un proveedor llamado TECNIGEN LTOA, que presentó su cotización con un plazo de entrega de 45 días, lo que deja el soporte fáctico y económico del estudio previo pendiendo de una sola cotización: la de mi cliente.

Finalmente, la forma como se adelantó la audiencia de debido proceso, en la que no se recibieron los descargos que mi cliente pudiera rendir, aun cuando el garante también lo solicitó; el abrir la audiencia y cerrarla de un día para otro, aún cuando la Ley no establece un término para ello, o una imposición a rajatabla de los cargos de incumplimiento que la demandada tenía contra mi cliente; antes por el contrario, al ostentar dicha facultad exorbitante y excepcional, la carga de respetar las garantías y derechos constitucionales, como el de defensa y contradicción se enervan como una guía, sin los cuales no se podrá ejercer dichos poderes . (...)"

**1.3.2.** El apoderado de la parte demanda INVIMA manifestó que “el plazo de ejecución contractual fue establecido con fecha inicial del 29 de noviembre de 2018 y terminación el 10 de diciembre de 2018. Dichas condiciones de ejecución fueron conocidas y aceptadas por la sociedad ANALITYCA S.A.S., razón por la cual el contrato fue suscrito el 23 de noviembre de 2018 sin reparo alguno.

Si bien la sociedad convocante presentó solicitud de prórroga de 45 días, se dio respuesta señalando que “en concordancia con los principios de planeación contractual y anualidad presupuestal, así como lo señalado en el Memorando No.200-0138-18 expedido por la Secretaría General del Invima, los contratos no deben superar el 18de diciembre de 2018” informando a la sociedad ANALITYCA S.A.S. que la solicitud de prórroga no puede ser tramitada, reiterándole además, que el plazo de ejecución debe cumplirse tal y como se pactó al momento de la firma del mismo.

No era entonces, un hecho incierto o desconocido para el contratista el plazo de ejecución del contrato, el cual fue suscrito el 23 de noviembre de 2018, y debió haber actuado con diligencia tomando las medidas y precauciones para solicitar oportunamente la importación de los equipos, más aún por cuanto en razón a su experticia, experiencia y siendo conocedor del mercado en que desarrolla su objeto social, debe advertir que durante el mes de diciembre los trámites de importación pueden contar con algunos retrasos.

En este sentido, se considera que las tardanzas en los trámites de importación de los equipos por la "temporada de navidad y fin de año" era una situación absolutamente previsible y en control o manejo del contratista de haber actuado con diligencia y cuidado en el cumplimiento de las condiciones contractuales, específicamente del plazo de ejecución, conocido con suficiente antelación; es por

ello, que dicha afirmación no resulta de recibo para la entidad y no justifica la omisión de la empresa en el cumplimiento del objeto pactado.

Así las cosas, está demostrado que, una vez vencido el plazo de ejecución contractual, el 10 de diciembre de 2018, el contratista injustificadamente incumplió el objeto del contrato de compraventa No. 506 de 2018 y no entregó los equipos, situación que permitió a la entidad declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria prevista.

La sociedad demandante al no poder cumplir con las condiciones de la compraventa relacionadas con el tiempo de ejecución del contrato, se ampara en una circunstancia que define como un acuerdo entre el vendedor de ANALITYCA S.A.S. y el Invima, señalando que la entrega de los bienes, se había anunciado en la cotización en un término de 90 días.

Dicha circunstancia, está por fuera del desarrollo contractual y no tiene justificación legal alguna que ampare su incumplimiento. Si bien la demandante, pudo haber asesorado técnicamente al Invima sobre el bien que requería, lo cierto es que el contrato de compraventa debe ceñirse a lo allí estipulado y aceptado por ambas partes.

Frente a la ausencia de negligencia de parte del contratista por asumir y confiar en que fabricante contaba con los equipos en stock o inventario, agilizando así la importación, debe decirse que precisamente dicha confianza o creencia es la que constituye la falta de cuidado e incumplimiento del objeto, siendo lo diligente verificar y constatar ello para efectos de considerar los tiempos importación de los bienes.

En relación con el presunto hurto de los bienes, debe decirse que esta situación no es susceptible de eximir de responsabilidad al contratista, por cuanto del documento Formato Único de Noticia Criminal" con No. de consecutivo 32889, allegado por ANALYTICA S.A.S. con su recurso, se puede evidenciar que la fecha de comisión del hecho fue el 20 de diciembre de 2018, es decir, con posterioridad al plazo de ejecución del contrato, 10 de diciembre de 2018. En este sentido, si bien pudo haber ocurrido el hecho de un tercero (hurto de los equipos), esto acaeció cuando el contratista se encontraba en mora de su entrega y en incumplimiento contractual.

Por lo anterior, no es cierto que el contrato no se haya podido ejecutar por mala fe del Invima y en este orden procedió mediante Resolución No. 2018057058 del 28 de diciembre de 2018 el INVIMA a declarar el incumplimiento del contrato No. 506 de 2018, celebrado entre el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimento - Invima y ANALITYCA S.A.S., y como consecuencia de ello, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en cuantía del diez por ciento (10%) del valor del contrato, equivalente a la suma de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$4.680.000) M/CTE, ordenando al contratista o en su defecto al garante, al pago de la misma.

**ASPECTOS RELACIONADOS CON LA VIOLACION AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO DE DEFENSA**

El supervisor del contrato de compraventa N°. 506 de 2018, mediante Radicado No. 20183013196 del 20 de diciembre de 2018, informó al ordenador del gasto el posible incumplimiento del contratista ANALITYCA S.A.S., respecto de sus obligaciones contractuales, respaldando dicha afirmación en informe de supervisión contentivo en veintidós (22) Folios junto con sus anexos.

En este sentido, una vez revisado el contenido del informe y de los documentos anexos, el ordenador del gasto, para este caso, el Dr. Iván Alexander Carvajal Sánchez, quien además para esa época ostentaba también la calidad de Secretario General del Invima, fue quién convocó al contratista y al garante, a la celebración de audiencia pública por posible incumplimiento contractual del mencionado contrato.

Tal como se observa dentro de las pruebas que se aportan, en cada una de las citas se indicó de manera detallada los hechos, las normas presuntamente vulneradas, la relación de las pruebas que soportaban el presunto incumplimiento por parte del contratista, la imposición de la cláusula penal, lo que desvirtúa las afirmaciones de la demandante en cuanto a la vulneración al debido proceso.

Ahora bien, en el desarrollo de la audiencia establecida en el Art 86 de la Ley 1474 de 2011 se dejó constancia que por parte del contratista se presentó a la diligencia la señora Margarita Martínez Zapata, quien allegó poder especial. No obstante, no se le reconoció personería jurídica, en tanto que el poder presentado no cumplía con las formalidades establecidas en el artículo 74 del Código General del Proceso, al no contar con presentación personal del poderdante.

Por lo anterior, se procedió a suspender la audiencia a efectos de estudiar minuciosamente los hechos y las afirmaciones hechas por el contratista en sus comunicaciones anteriores al inicio del procedimiento, a efectos de adoptar la decisión que correspondiera. Dicha actuación se surtió precisamente teniendo en cuenta que el contratista no pudo presentar sus descargos por causas imputables únicamente a él y no al Invima, toda vez que el poder (se reitera) no se encontraba legalmente conferido.

## **CONCLUSIONES**

Las actuaciones desplegadas por el Instituto dentro del contrato 506 de 2018, se encuentran ajustadas al derecho, como quiera que se cuenta con material probatorio que identifica el incumplimiento del contratista.

Al contratista le asiste el deber legal, de cumplir y CONOCER en todo momento el objeto contractual, plazo de ejecución y demás condiciones inherentes a la celebración del contrato de compraventa.

No existe un derecho que deba ser restablecido al demandante, puesto que la Institución no causó vulneración a derecho alguno al contratista, por ende, no hay lugar para considerar costas o gastos a su favor, ni resultan procedentes las demás pretensiones formuladas en el escrito de la demanda”

**1.3.3.** La Procuradora 82-1, en su calidad de **Ministerio Público** se abstuvo de presentar concepto.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Respecto de las excepciones:**

En cuanto a las excepciones de **INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A CARGO DEL CONTRATISTA LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CENSURADAS EN CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES. NO SE VIOLÓ DERECHO DE LA DEMANDANTE QUE DEBA SER RESTABLECIDO**, no están llamadas a prosperar ya que no gozan de esta calidad. Lo anterior, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de estas, no las conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción.

La excepción genérica sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.

### **2.2. LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo determinado en la FIJACIÓN DEL LITIGIO se busca establecer si son nulas o no las resoluciones 2018057058 del 28 de diciembre de 2018 y resolución 2018057235 del 28 de diciembre de 2018 por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. 506 de 2018 suscrito entre ANALYTICA S.A.S y el INVIMA y en dado caso si hay lugar al reconocimiento de los presuntos perjuicios solicitados por la parte actora.

Surge entonces los siguientes problemas jurídicos:

**¿Son nulas o no las resoluciones 2018057058 del 28 de diciembre de 2018 y resolución 2018057235 del 28 de diciembre de 2018 por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. 506 de 2018 suscrito entre ANALYTICA S.A.S y el INVIMA?**

**¿Hay lugar al reconocimiento de los presuntos perjuicios solicitados por la parte actora?**

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

*La potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción (...) El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte*

*del ius puniendi del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad. Como se sostuvo líneas atrás, el Decreto 222 de 1983 reconoció la capacidad de imponer sanciones en varias de sus disposiciones, particularmente en los artículos 13 y 60. A su vez, la ley 80 de 1993 haría lo propio en el artículo 18. (...) La potestad sancionatoria en el ámbito contractual se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, presupuesto que justifica que al manifestarse mediante actos administrativos éstos sean susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo. El mecanismo procesal para acceder a la justicia es el de solución de controversias contractuales, empero aun cuando se trate de una decisión relacionada con la ejecución del objeto negocial, la acción interpuesta se encamina a la obtención de la nulidad de la decisión por medio de la cual se declaró la caducidad. Por consiguiente, el éxito de las pretensiones depende en todo momento del aporte de las pruebas de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la ilegalidad. De igual forma, la posibilidad de obtención de cualquier restablecimiento o indemnización reclamada está subordinada a que se desvirtúe*

*Al igual que los derechos reconocidos a los ciudadanos, las potestades otorgadas a la Administración no son absolutas y por lo tanto deben ser limitadas para que su ejercicio no sea arbitrario. En el ámbito sancionatorio una de las garantías más importantes reconocidas al ciudadano, es precisamente la certeza sobre el carácter temporal del uso del poder punitivo del Estado. Se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, ya que ante la inactividad del aparato administrativo el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia: la pérdida de competencia para imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo. De igual forma, no se puede concebir un poder punitivo indefinido, pues por razones de orden público e interés general, no cumple función preventiva alguna la sanción que se impone en periodos de tiempo prolongados luego de que se ha cometido la infracción, lo cual se acompaña con el carácter mínimo de intervención del ius puniendi. (...) Al igual que ocurre en materia penal, el transcurso del tiempo jurídicamente produce un efecto de estabilización de las situaciones jurídicas, razón por la cual el no ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los límites temporales genera para el ciudadano una posición favorable porque aun cuando sea responsable por incurrir en una infracción administrativa, el legislador deshabilita a los órganos competentes, toda vez que ejercicio del ius puniendi en estas circunstancias generaría una actuación arbitraria. El decreto 222 de 1983 en el artículo 64 al regular lo referente al procedimiento para la declaratoria de caducidad no hizo mención expresa al límite temporal para el uso de dicha prerrogativa, sin embargo dos argumentos llevan a la jurisprudencia a sostener que esta terminación anticipada producto del poder sancionador de la administración se puede ejercer mientras el contratista se encuentre obligado a la ejecución del objeto contractual: 1. La reiteración de que el uso de otras cláusulas exorbitantes (modificación, interpretación y terminación unilateral) se debe realizar en el plazo estipulado para la ejecución del negocio jurídico, y; 2. El que la finalidad de la caducidad sea evidentemente evitar la paralización de la actividad encomendada al contratista. Igual razonamiento se desprende de lo regulado en la 80 de 1993, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 18 señala que los hechos constitutivos de incumplimiento deben afectar de manera grave y directa el desarrollo del objeto contractual. <sup>1</sup>*

En el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 se consagra el procedimiento que debe adelantar toda entidad pública para *imponer multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo.*

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)

Los artículos 137 y 138. del CPACA contemplan la posibilidad de demandar la nulidad de un acto proferido por la administración y solicitar el restablecimiento del derecho por el vicio de falta de competencia:

*(...) Artículo 137 Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

***Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)***

*Artículo 138 Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la **nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto**, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel. (Negritas fuera de texto)*

### **2.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

De los documentos aportados al proceso **se encuentran probados los siguientes hechos:**

- ✓ El Invima realizó los estudios previos para la adquisición de unos bienes dentro del proceso de selección cuyo objeto consistía en la “Adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de equipos de refrigeración - congeladores tipo Laboratorio, para uso de algunas dependencias de la Dirección de Operaciones Sanitarias del Invima a nivel nacional.”
- ✓ El 27 Julio 2018, ANALYTICA S.A.S presentó la cotización solicitada por el Invima e indicó que el tiempo de entrega de los bienes eran NOVENTA (90) DÍAS.
- ✓ El 18 de octubre de 2018 el Invima solicitó modificar algunos aspectos de la cotización entre ellos el periodo de entrega indicando que la misma debía ser en 15 días calendario, la cotización fue ajustada y en la misma quedó consignado que la entrega sería en 15 días hábiles.
- ✓ El 19 de octubre de 2018, fue publicado el proceso de selección abreviada por subasta inversa SA-SI052 DE 2018 en el SECOP II.
- ✓ Al proceso se presentaron dos oferentes: FRICON SOLUCIONES SAS y

ANALYTICA S.A.S.

- ✓ Mediante resolución 2018049874 del 19 de noviembre de 2018 se adjudicó el proceso a ANALYTICA S.A.S
- ✓ El 23 de noviembre de 2018 se suscribió el CONTRATO DE COMPRAVENTA No. 506 DE 2018, cuyo objeto consistía en la “Adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de equipos de refrigeración - congeladores tipo Laboratorio, para uso de algunas dependencias de la Dirección de Operaciones Sanitarias del Invima a nivel nacional.” por valor de CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$ 46.800.000.00).
- ✓ Los bienes a entregar en virtud del referido contrato tenían las siguientes características técnicas:

*Refrigerador / Congelador tipo Laboratorio Cantidad CARACTERÍSTICAS: Rango programable de temperatura de refrigeración: +1° a +12°C. Rango programable de temperatura de congelación: -12° a -20°C Capacidad: 268 Litros. Dimensiones (Prof x Ancho x Alto): Externa 60.96 x 60 x 151.77 cm.-Refrigerador 46.4 x 50.2 x 97.2 cm.- Congelador 28.6 x 45.7 x 46.3 cm. -Compresor: Ubicado en la parte inferior. - Refrigerante: R-134a - Libre de CFC. -Aislamiento: Espuma de Poliuretano. -Potencia: 350 W. -Peso neto: 54.5 kilogramos. -Conexión eléctrica: 115 voltios / 60 Hz / 1 fase – 3.0 A Clavija NEMA 5-15P -1.5 metros de cable. CARACTERÍSTICAS DE RENDIMIENTO DEL EQUIPO: Característica Temperatura promedio (°C).- Refrigerador 4.68. -Congelador -14.30. -Pico de variación (°C) 5.69 16.80. - Uniformidad (°C) 3.34 19.36. -Estabilidad (°C) 2.56 14. Recuperación de temperatura con puerta abierta por 1 minuto (min) 6 6. -Prueba de temperatura prendido / apagado (min) 15 60. -Taza de generación de calor (btu/hr) 98.27 98.15. -Tiempo de pérdida de frío 4 °C a 15 °C (min) 340 N/A. -Tiempo de pérdida de frío -20 °C a 0 °C (min) N/A 142. CARACTERÍSTICAS GENERALES: 1. Sistema de ajuste de temperatura por termostatos por diales mecánicos con perilla ubicados en la parte externa. 2. Doble compartimiento, con capacidad de ubicar en diversas posiciones, las bandejas removibles. 5. Refrigerante libre de CFC no destructivos para la capa de ozono, lo cual asegura un desempeño ecológico. 6. Aislamiento en espuma de poliuretano que disminuye el consumo de energía y contribuye a mantener las condiciones de trabajo al interior de la cámara. 7. Lámpara incorporada al interior del compartimiento de refrigeración. 8. Estructura externa fabricada en acero recubierto esmaltado con pintura blanca, resistente a la corrosión y elementos químicos. 9. Patas de soporte incorporadas de fábrica: delanteras ajustables en altura y posteriores almohadillas fijas. 10. Garantía de un (1) año. 11. Los equipos deben ser entregados e instalados de la siguiente manera: Uno (1) en las Oficinas del Invima en el Aeropuerto Internacional del Dorado, uno (1) oficinas del Invima en el puerto de Buenaventura, uno (1) en oficinas del Invima Puerto de Cartagena, uno (1) en oficinas del Grupo de trabajo territorial del Eje Cafetero con sede en Armenia. Cada equipo incluye: 1. Un termómetro digital externo para verificación de temperaturas de refrigeración (1°C a 8°C) con certificado de calibración de fábrica. 2. y un termómetro digital externo para verificación de temperaturas de congelación (-20°C a -12°C) con certificado de calibración de fábrica. 3. Tres (3) bandejas ajustables, una (1) bandeja fija, una (1)*

*canastilla y (4) soportes de almacenamiento en la puerta. 4. Dos (2) puertas sólidas para la sección de refrigerado y congelado. 5. Manual de instrucciones en español. Cantidad: 4*

- ✓ El acta de inicio se suscribió el 29 de noviembre de 2018.
- ✓ El plazo de ejecución era hasta el 10 de diciembre de 2018.
- ✓ El 7 de diciembre de 2018, el contratista solicitó prórroga al plazo de ejecución consistente en cuarenta y cinco (45) días calendario.
- ✓ El 7 de diciembre de 2018 la entidad acusó recibo de la solicitud de prórroga.
- ✓ El 11 de diciembre de 2018, mediante oficio Radicado No. 20182058978 responde negativamente a la solicitud de prórroga.
- ✓ El 24 de Diciembre de 2018 se citó a ANALYTICA S.A.S a la audiencia establecida en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para desarrollarse el día jueves 27 de diciembre de 2018 a las 09:00 a.m
- ✓ El 27 de diciembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia.
- ✓ En la audiencia no se reconoció personería a la abogada designada por ANALYTICA S.A.S por falta de presentación personal del poder.
- ✓ El 28 de diciembre de 2018 el Invima expidió el acto administrativo 2018057058 mediante el cual se declaró el incumplimiento del contrato y se hizo efectiva la cláusula penal.
- ✓ El 28 de diciembre de 2018 el Invima expidió el acto administrativo 2018057235 mediante el cual se confirmó la resolución 2018057058.

**2.4.** Entremos ahora a resolver los interrogantes planteados:

**2.4.1. ¿Son nulas o no las resoluciones 2018057058 del 28 de diciembre de 2018 y resolución 2018057235 del 28 de diciembre de 2018 por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. 506 de 2018 suscrito entre ANALYTICA S.A.S y el INVIMA?**

La respuesta al interrogante es afirmativa de acuerdo con las razones que se expresan a continuación.

En primera medida se observa que la entidad accionada incurre en una conducta que se aleja de los principios que rigen la contratación estatal al alterar vía requerimientos informales, el estudio de mercado que sirvió de base para el establecimiento del valor y las condiciones del contrato.

La utilidad del estudio de mercado es servir como parámetro objetivo para la formulación de las condiciones que quedarán plasmadas en el pliego de condiciones. Luego entonces, es una información que la entidad debe extraer del mercado.

En el presente asunto la entidad solicitó una cotización a la aquí demandante y en ella se plasmaba que el plazo dentro del cual podía hacer entrega de los bienes era de 90 días. Sin embargo, este plazo no satisfacía las necesidades de la entidad y entonces, en lugar de seguir analizando el mercado para determinar si en efecto el plazo de los 90 días era el único que se podía encontrar, la entidad solicitó por correo electrónico un ajuste de la cotización al accionante para que en ella se plasme un plazo sustancialmente menor de 15 días calendario. Es decir, la entidad ya no extrae el dato del mercado, sino que hace que se acomode a sus particulares necesidades asociadas a la manera tardía en que fue iniciado el proceso de selección.

Esta es la raíz del posterior incumplimiento del contrato de compraventa, pues el contratista, bajo la perspectiva de ser contratado, termina ajustando su cotización a un plazo que en realidad no podía cumplir, pensando quizás que presentar una cotización a un estudio de mercado era el primer paso de una segura contratación.

La entidad con la premura que el fin de la vigencia fiscal imponía, y la necesidad de comprometer los recursos, abrió el proceso de selección bajo la modalidad de selección abreviada por subasta inversa, al cual se presentaron dos proponentes y resultó adjudicatario el aquí demandante.

Se evidencian dos situaciones adicionales. Por un lado, la falta de planeación de la entidad al realizar un proceso de selección en fecha cercana al fin de la vigencia fiscal, pese a que sabía de la necesidad de contar con los bienes objeto del contrato en un lapso tan corto como lo eran 15 días calendario, plazo que difería de manera sustancial del que el mercado en su respuesta original le había indicado.

Por otra parte, se encuentra el tema del principio de anualidad en materia presupuestal, que a la postre sirvió como fundamento del acto sancionatorio. La entidad entiende en aplicación de las normas que rigen la materia, que debe comprometer y ejecutar los recursos antes del 31 de diciembre, so pena de vulnerar el referido principio, y en efecto le asiste la razón en cuanto a la primera parte del postulado.

Los recursos sí debían ser comprometidos antes de dicha calenda; de lo contrario los recursos se extinguen y los certificados de disponibilidad que no cuenten con el respectivo registro presupuestal desaparecen. Sin embargo, no es del todo cierto que los recursos deben ser ejecutados en su totalidad en esa misma anualidad, pues esta parte del postulado es una norma que tiene el carácter de principio, es decir que las entidades deben propender porque ello se haga en la mayor medida posible, de acuerdo a las condiciones fácticas y jurídicas existentes.

En ese sentido, como contrapartida al principio de anualidad se encuentra la figura de la reserva presupuestal, plenamente reconocida en el ordenamiento y que

permite según definición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>2</sup>, “Una reserva presupuestal se genera cuando el compromiso es legalmente constituido pero cuyo objeto no fue cumplido dentro del año fiscal que termina y será pagada con cargo a la reserva que se constituye a más tardar el 20 de enero de la vigencia siguiente”

Es decir que el principio de anualidad presupuestal no puede ser tomado como regla absoluta y entonces plasmar a partir de una interpretación errada de las normas presupuestales, un plazo de ejecución contractual no alineado con los parámetros señalados por el mercado constituye el segundo error que da origen al posterior incumplimiento por parte del contratista.

Con todo, está claro que en el contrato se plasmó un plazo de ejecución de 15 días que el contratista se encontraba en obligación de cumplir, y al no hacerlo, es legítimo que contra él se haya iniciado el proceso sancionatorio. Lo que no es legítimo y ciertamente compromete la legalidad de los actos administrativos, es que la entidad falte a la buena fe contractual, vulnere el derecho al debido proceso y fundamente falazmente sus decisiones de cara a la imposición de una sanción administrativa contractual.

Falta a la buena fe, en tanto que se probó que la demandante solicitó antes del fenecimiento del plazo contractual la prórroga al haber obtenido una tardía respuesta negativa que ciertamente quitó todo margen de maniobra al accionante para cumplir dentro del plazo contractual, sin que hubiera respuesta positiva. Esta conducta resulta reprochable si se tiene en cuenta, según lo expuesto en precedencia, que la misma entidad fue la que dio origen a que el contrato plasmara un plazo contractual que *a priori* no era posible cumplir. De manera que ante una solicitud que hacía latente que las condiciones del contrato no se acompañaban a la realidad comercial y económica del bien a adquirir, lo procedente hubiese sido que se prorrogara el plazo contractual.

Sumado a esto, en su inexplicable afán por iniciar y terminar el proceso sancionatorio antes del 31 de diciembre de 2018, la entidad accionada incurrió en la violación del derecho al debido proceso, pues para empezar, en clara violación de lo señalado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, omitió señalar en la citación a la audiencia de incumplimiento de manera *expresa y detallada, los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustentara la actuación y enunciara las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.*

Como ya se ha analizado en la jurisprudencia, lo omitido no es un simple formalismo, sino que constituye la forma de garantizar que el administrado pueda conocer todos los pormenores del presunto incumplimiento que se le endilga, y ejercer todos los actos que, en ejercicio del derecho al debido proceso, podría ejercer en ese momento, en contraposición a esto la entidad citó a la accionante en los siguientes términos:

---

2

En aras de garantizar el derecho al debido proceso, de conformidad con lo establecido en la ley 1150 de 2007 en su artículo 17, artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y el manual de supervisión del Instituto, me permito convocarlo a la audiencia pública que se llevará a cabo el jueves 27 de diciembre de 2018 a las 09:00 a.m., en la sala de juntas de la Secretaría General del INVIMA, ubicado en la carrera 10 N° 64-28 noveno (9) piso, edificio principal, con el objeto de dar inicio a la audiencia para la imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento dentro del marco del contrato de compraventa No. 506 de 2018.

La presente citación se realiza en atención al informe presentado por el Director de Alimentos y Bebidas con Asignación de Funciones de la Dirección de Operaciones Sanitarias, quien en calidad de supervisor del contrato informa una serie de situaciones presentadas en la ejecución del contrato, informe que fue remitido a Secretaría General mediante radicado N° 20183013196, recibido el 21 de diciembre de 2018 y frente al cual podrá pronunciarse en audiencia.

Como se puede contrastar a simple vista la aludida citación no desarrolla adecuadamente el contenido del artículo 86, pues la misma no indica los hechos que dan lugar al posible incumplimiento, las cláusulas presuntamente violadas, ni las consecuencias que podrían derivarse. Esta falencia, a juicio del despacho, no se subsana con el hecho de que la citación estuviera acompañada del informe de supervisión en el cual sí se hacía referencia a estos puntos, pues la norma en su sentido literal, indica que tales aspectos debían estar plasmados en la citación.

Es preciso indicar entonces que el principio de legalidad es de estricta aplicación en el ámbito del derecho sancionatorio, y por ende resulta inaceptable que no se de íntegra aplicación a lo dispuesto en las normas, máxime cuando para la entidad ello no revestía ninguna carga exagerada o desproporcionada para el ejercicio de su poder sancionatorio.

La Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, señaló, que el cumplimiento de este procedimiento resulta necesario para que la entidad pueda ejercer el referido poder mientras que sus formas *brindan amplias oportunidades a las partes, para presentar y para controvertir pruebas y, sobre esta base, que no es formal, sino que es empírica, la entidad estatal da aplicación al derecho sustancial:*

*“5.5.4. El procedimiento previsto en los literales aludidos inicia cuando la entidad estatal advierta, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en una audiencia, a la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras pruebas, sea de oficio o a petición de parte, cuando se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la “cesación de la situación de incumplimiento”, puede “dar por terminado el procedimiento”.*

*5.5.5. El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011[51], garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes*

*correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por “cualquier otra razón debidamente sustentada”. En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria.*

*5.5.7. Al fundarse en lo que revelan los medios de prueba, en modo alguno la resolución motivada de la entidad estatal resulta de dar prevalencia a las formas sobre el derecho sustancial. Lo que ocurre es lo contrario, pues las formas que rigen el procedimiento brindan amplias oportunidades a las partes, para presentar y para controvertir pruebas y, sobre esta base, que no es formal, sino que es empírica, la entidad estatal da aplicación al derecho sustancial.*

*5.5.8. Por último, dado que la resolución motivada en comento debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios respetan el debido proceso<sup>3</sup>.*

Estos aspectos no se garantizan adecuadamente cuando sin ningún sustento se deja de aplicar de manera estricta la norma en cuestión.

A ese mismo respecto, resulta llamativo el memorando interno 20183013321 del 24 de diciembre de 2018, suscrito por el Secretario General de la Entidad, dirigido al Director de Alimentos y Bebidas, pues el tema tratado en el documento es la citación a la audiencia de incumplimiento. En él se desarrollan los requisitos del artículo 86, pero no está dirigido al contratista, aunque su redacción indicaría lo contrario:

---

<sup>3</sup> Sentencia C-499/15

Doctor:  
**CARLOS ALBERTO ROBLES COCUYAME**  
Director de Alimentos y Bebidas con asignación  
de funciones de la Dirección de Operaciones Sanitarias  
Supervisor del Contrato 506 de 2018.  
Invima

**REF: Citación audiencia del afectado.**

En aras de garantizar el derecho al debido proceso, de conformidad con lo establecido en la ley 1150 de 2007 en su artículo 17, artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y el manual de supervisión del Instituto, me permito convocarlo a la audiencia pública que se llevará a cabo el jueves 27 de diciembre de 2018 a las 09:00 a.m., en la sala de juntas de la Secretaria General del INVIMA, ubicado en la carrera 10 N° 64-28 noveno (9) piso, edificio principal, con el objeto de dar inicio a la audiencia para la imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento dentro del marco del contrato de compraventa No. 506 de 2018.

La presente citación se realiza en atención al informe presentado por usted, en calidad de supervisor del contrato, el cual fue remitido a Secretaria General mediante radicado N° 20183013196, recibido el 21 de diciembre de 2018 y frente al cual podrá pronunciarse en audiencia.

La presente citación se fundamenta en los siguientes:

Del mencionado documento también se resalta el hecho de que todas las obligaciones a cargo del contratista fueron calificadas con un cumplimiento deficiente, mientras que en el campo de observaciones se lee que *el contratista no cumplió con lo requerido en esta obligación*. Esta posición de la entidad frente al cumplimiento del contrato resulta a todas luces desproporcionada pues algunas de esas obligaciones sólo surgirían a partir de la entrega de los bienes, por lo que carece de sentido que se calificara como deficiente una obligación que para ese momento no se había podido cumplir, (v. gr brindar un año de garantía). Esto sumado a que el mismo formato contemplaba la posibilidad de indicar que no aplicaba calificación, lo que permite evidenciar que a la entidad le asistía un desmedido interés por sancionar al contratista, interés que a la postre resultó incompatible con el respeto al debido proceso.

El oficio de citación con todas estas particularidades y falencias, debía estar dirigido al contratista para que este pudiera ejercer su derecho de defensa; pero, en contraste a él se le citó de una manera bastante escueta, como ya se indicaba.

Es igualmente cuestionable la conducta de la entidad en cuanto a la decisión de continuar el trámite de la audiencia sin que la parte convocada estuviera representada debidamente por su apoderado, ya que si bien la decisión de no reconocer personería tenía sustento legal para ese momento por la falta de presentación personal del poder, no es menos cierto que el espíritu garantista que debe primar en este tipo de escenarios de corte sancionatorio, debía ser razón suficiente para suspender el trámite de la audiencia y continuar cuando se hubiere satisfecho el mencionado requisito.

Lo anterior supuso según quedó plasmado en los actos administrativos demandados, que el contratista no pudo presentar descargos, cercenando en tal medida el derecho defensa del accionante.

Llama la atención entonces cómo la entidad aplica a rajatabla una norma referente a un requisito formal sobre la constitución de poder, y al mismo tiempo aplica de forma laxa, o mejor, deja de aplicar el requisito establecido en cuanto a la realización de la citación, en ambos casos en desmedro de los derechos del administrado, evidenciándose con ello una desmedida tendencia a hacer prevalecer los intereses de la demandada, cuando es claro que en el contexto de un proceso sancionatorio se debe actuar respetando en mayor medida los derechos derivados del debido proceso, y en tal medida el garantismo se impone como regla máxima de actuación e interpretación.

Tal postura que en realidad es un deber de conducta, resultaba incompatible con el inusitado interés de la accionada de sancionar al contratista antes del 31 de diciembre de 2018, tan solo un mes después de firmada el acta de inicio, extrapolando al parecer las normas de la anualidad presupuestal al ámbito del proceso sancionatorio, para finalmente, el 28 de diciembre imponer la sanción y estudiar de forma apresurada el recurso de reposición interpuesto.

No pasaron entonces siquiera 30 días desde que se firmó el acta de inicio y el contratista ya había sido sancionado con la aplicación de la cláusula penal, a la que a continuación nos referiremos.

En efecto, siguiendo el derrotero trazado por la entidad mediante los actos administrativos que se demandan, se hizo efectiva la cláusula penal en cuantía equivalente al 10% del valor del contrato, decisión que resulta necesario analizar bajo la óptica del llamado principio de proporcionalidad, que debe aplicarse como claro desarrollo del principio del debido proceso:

*“... El fenómeno del debido proceso es la esencia misma del Estado de Derecho; para nuestro caso, de las relaciones entre administración y administrados, con profundas raíces en un régimen de justicia y equidad en permanente articulación de las bases positivas del régimen de garantías procesales, **con el propósito de que los sujetos involucrados en una actuación administrativa no se vean atropellados por actuaciones arbitrarias, y fallos que realmente sean el reflejo de un derecho material...**”<sup>4</sup> (Negrilla fuera de texto).*

En esta medida, siguiendo el mismo punto de referencia doctrinario, es preciso referir que el principio de proporcionalidad *“configura un precioso instrumento reductor de la arbitrariedad de la administración”*, el cual *“invita a la realización de una pluralidad de juicios que buscan determinar, en primer lugar, la idoneidad de la medida o la utilidad de esta, actuación conocida también como **“juicio de adecuación”** tendiente a determinar si la medida administrativa es adecuada para alcanzar los fines esperados”<sup>5</sup>*. En segunda medida el test de proporcionalidad comporta la necesidad de realizar el llamado juicio de necesidad *“con el cual se invita a la administración sobre si el medio utilizado es realmente el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos perseguidos y el menos limitativo de los derechos*

---

<sup>4</sup> Potestad sancionadora de la Administración en materia de contratación estatal, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas y Prospectivas XVII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017.

<sup>5</sup> Ídem

*subjetivos”<sup>6</sup> Finalmente, el juicio propiamente de proporcionalidad “permite visualizar las ventajas que se alcancen con el fin perseguido. Debe ser en esencia “(...) razonablemente proporcionada en relación con los valores políticos y sociales que encierra la finalidad perseguida (...). Para efectos de esta valoración, le asiste a la Administración un amplio margen de valoración y de apreciación”<sup>7 8</sup>.*

La imposición de la cláusula penal no se juzga como adecuada, necesaria ni proporcional frente al caso concreto, en tanto que la demandante no se encontraba en una posición de desacato frente al cumplimiento del objeto contractual; por el contrario, su interés era concretar la importación de los bienes y su posterior entrega, para lo cual manifestó oportunamente la necesidad de prorrogar el contrato. La causa del no cumplimiento del contrato era una cuestión de tiempo, más no de voluntad para ejecutar el objeto; sin embargo, la entidad se mostró inflexible y acudió a imponer la mayor sanción posible, llevando al tope la cláusula penal, sin considerar que lo corto del plazo establecido por la entidad era la causa principal del incumplimiento por parte del contratista

La lectura de los actos administrativos que se demandan es exigua en cuanto a consideraciones frente a los efectos que habría tenido el incumplimiento del contrato, señalando de forma tautológica que la falta de entrega de los bienes habría implicado que estos no habían estado disponibles para la entidad.

La aplicación de la cláusula penal conlleva, por una parte, la obligación de pagar el monto determinado en la resolución, pero por otra parte, es una sanción que se incorpora en el registro único de proponentes, el cual, vale la pena referir, es un registro público en el que obran los requisitos habilitantes para la participación en los diferentes procesos de selección que adelanta el Estado, y su incorporación ciertamente puede llegar a limitar la participación de la demandante en ellos comoquiera que se suelen incluir limitaciones para participar a personas naturales o jurídicas que tengan registradas este tipo de sanciones.

Así las cosas, se trata de una sanción con importantes efectos para la demandante; es decir que resulta ampliamente limitativa de sus derechos subjetivos, mientras que, por otra parte, no se encuentra cuál finalidad cumple la aplicación de la cláusula penal en un contexto en el que el demandante tenía plena intención de cumplir el objeto contractual y había solicitado de manera oportuna la prórroga.

El despacho observa que la medida adoptada no es afín al propósito que debe perseguir la aplicación de una cláusula penal en el ámbito de un Estado de derecho, que no es otra que la sanción a un contratista incumplido cuando se afecta la satisfacción del interés público que determinó la celebración del contrato.

La aplicación de una sanción sólo en virtud de la corroboración del más básico de los silogismos jurídicos no resulta proporcional en estricto sentido y por el contrario

---

<sup>6</sup> ibidem

<sup>7</sup> Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, cit., p.36. citado por Santofimio Gamboa, ut supra.

<sup>8</sup> Barnes, Javier. “ Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., p. 500. citado por Santofimio Gamboa, ut supra.

vulnera el ordenamiento jurídico que expresamente proscribe las formas de responsabilidad objetiva en el ámbito del derecho sancionatorio<sup>9</sup> y por el contrario obliga al respeto al derecho al debido proceso que, a su turno, obliga a la administración a emitir decisiones **“que realmente sean el reflejo de un derecho material”**<sup>10</sup>.

El razonamiento de la entidad en sede del recurso de reposición contra la decisión es evidencia de que la decisión de aplicar la cláusula penal solo estuvo fundada en la corroboración mecánica del incumplimiento desatendiendo cualquier razón fáctica planteada por el contratista como causa del posible incumplimiento y sin tener en cuenta que las causas del incumplimiento estaban asociadas a la forma errada en que fue planteado el proceso contractual por parte de la entidad.

En suma, en palabras del artículo 137 del CPACA, la sanción fue expedida con infracción de las normas, en este caso, de rango constitucional, en que debieron haberse fundado.

Aunado a eso la resoluciones incurren en una falsa motivación cuando se indica que de parte de la entidad no se había podido acceder a la prórroga del contrato por causa del principio de anualidad presupuestal, pues como ya se indicaba, el referido principio no es absoluto, y en tal medida la entidad bien habría podido acudir a realizar una reserva presupuestal y poder así ejecutar los recursos en enero de 2019 sin ningún tipo de dificultad o consecuencia adversa, pues tal figura tiene pleno respaldo legal y en tal medida no es cierto que el aludido principio hubiese impedido prorrogar el contrato.

En tal medida, los actos demandados serán declarados nulos.

#### **2.4.2. ¿Hay lugar al reconocimiento de los presuntos perjuicios solicitados por la parte actora?**

La parte actora no demostró la existencia de perjuicios ciertos, personales y directos derivados de la aplicación de la cláusula penal, por lo que no es posible acceder a la pretensión indemnizatoria, pues era su deber procesal allegar los medios probatorios suficientes para acreditar la existencia de aquellos.

#### **2.5. CONDENA EN COSTAS:**

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

---

<sup>9</sup>Sentencia T-330/07. Igualmente, la Corte ha sostenido reiteradamente que la Constitución proscribe las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona no sólo de manera objetiva (autoría material), sino también subjetiva (culpabilidad), como expresión del reconocimiento al sujeto de su dignidad y libertad en los artículos 1º y 16 de la Constitución.[4] (Sentencia C-319 de 1996, Mo. Po. Vladimiro Naranjo Mesa.)

<sup>10</sup> Ídem

El artículo 188 del CPACA<sup>11</sup> No obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes. Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación", situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** DECLARAR la nulidad de la RESOLUCIÓN 2018057058 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2018 y de la RESOLUCIÓN 2018057235 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2018 ambas "*por medio del cual se resuelve una actuación administrativa contractual por presunto incumplimiento de contrato de compraventa No. 506 de 2018*".

**SEGUNDO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**COPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

  
**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**  
Juez

JCBA/NNC

Firmado Por:  
Olga Cecilia Henao Marin

---

<sup>11</sup> "(...). Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

**Juez**  
**Juzgado Administrativo**  
**034**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **81b8e8071ffa70f852e2b1ce06f9b488985bf67dd68b631cd02ba951e6fb3c33**

Documento generado en 25/10/2023 08:02:34 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**