



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control: Controversias Contractuales
Expediente: 110013336038201800058-00
Demandante: Droservicio LTDA
Demandado: Nación- Ministerio de Defensa- Dirección General de Sanidad Militar
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017 "POR LA CUAL LA DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR, DECIDE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA EN CONTRA DEL CONTRATISTA DROSERVICIO LIMITADA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL CONTRATO DE SUMINSTRO No. 060-DGSM-2014"; así como de la Resolución No. 0511 de 11 de mayo de 2017, que la confirmó.

1.2.- Que, como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene expedir las resoluciones acusadas para que la sociedad demandante se encuentre habilitada para interponer el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017.

2.- Fundamentos de hecho

Según lo reseñado en el escrito de demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- La DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR (en adelante DGSM) y DROSERVICIO LTDA., suscribieron el contrato de suministro 060-DGSM-2014, cuyo objeto es la adquisición, distribución, suministro y distribución de medicamentos a través de un operador logístico, para los usuarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, bajo la modalidad de monto agotable, cuyo plazo de ejecución se estableció entre el 31 de diciembre del 2014 y el 30 de junio del 2018.

2.2.- La DGSM profirió la Resolución 0241 del 2 de marzo del 2017, con la cual declaró el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Droservicio Ltda., y le impuso una multa que asciende a los \$310.254.750 M/Cte., contra la que se interpuso recurso de reposición en audiencia.

2.3.- El 6 de marzo de 2017, Droservicio Ltda., solicitó la emisión de una resolución complementaria, para que una vez ello sucediera, se procediera a sustentar el recurso de reposición interpuesto.

2.4.- El 11 de mayo del 2017, la entidad emitió la Resolución No. 0511, con la que confirmó la Resolución No. 0241 del 2 de marzo del 2017, disponiendo, entre otras cosas, que contra esa decisión no procedía recurso alguno, así como las anotaciones en el SECOP y la notificación a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación.

2.5.- En audiencia de la misma fecha, Droservicio Ltda., solicitó la suspensión provisional de los efectos de la resolución sancionatoria 0511 de 2017, hasta tanto se pronuncie sobre su nulidad, de conformidad con el numeral 2° del artículo 133 del CGP. De igual forma y en la misma fecha, esta vez por escrito, elevó la misma petición, sin que a la fecha de presentación de esta demanda haya sido resuelta.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado judicial del consorcio demandante invocó como fundamentos jurídicos el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, artículo 281 del CGP, y artículos 49 y 50 del CPACA.

Los cargos que presentó la sociedad demandante frente a las resoluciones acusadas, se resumen de la siguiente manera:

3.1.- “Nulidad por falsa motivación de la resolución 0511 del 2017”

Aduce el apoderado demandante que se vulneró el debido proceso por omitir la aplicación del artículo 285 del CGP¹, ya que habiendo solicitado la aclaración de la Resolución 511 del 11 de mayo del 2017, que confirmó la Resolución sancionatoria No. 241 del 02 de marzo del 2017, la Dirección General de Sanidad Militar no se pronunció al respecto, sino que inexplicablemente confirmó la resolución reprochada, sin que se realizara petición en ese sentido, “cuando lo que se solicitó fue la aclaración de su resolución para proceder a sustentar el recurso de reposición”.

Por ello, arguye que está demostrada la falsa motivación del acto cuestionado, en atención al falso juicio que se adelantó en aquella manifestación de la administración, y que genera la nulidad de la misma.

3.2.- “Nulidad por pretermitir las etapas procesales”

Que la demandada incurrió en una segunda conducta vulneradora del debido proceso y derecho de defensa, por cuanto con su actuación impidió la interposición del recurso de reposición contra la Resolución sancionatoria No. 241 del 02 de marzo del 2017. Hecho que, además, constituye en la causal de nulidad dispuesta en el numeral 2° del artículo 133 del CGP².

En síntesis, porque la entidad demandada debió resolver la solicitud de aclaración, para que, en ese momento, iniciara el término con el que cuenta la sociedad sancionada para interponer y sustentar el recurso de reposición,

¹ Relativo a la aclaración y adición de las providencias que dicta el Juez.

² **ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD.** El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

apoyado en lo dispuesto en el artículo 322 del CGP. Por tanto, asegura que la situación planteada configura la causal de revocatoria de los actos administrativos contemplada en el numeral 1° del artículo 93 del CPACA³, para que esa Dirección General revoque directamente la Resolución No. 0511 de 2017, y en consecuencia se habilite al contratista sancionado para sustentar el recurso de reposición.

3.3.- De igual manera, en la subsanación de la demanda, el apoderado demandante arguyó como concepto de la violación, las siguientes afirmaciones: i) Que el ente demandado no motivó su decisión, pues no analizó las pruebas que Droservicio Ltda., presentó con su defensa; ii) no graduó la sanción de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50 del CPACA; iii) no cuantificó los perjuicios; iv) no verificó el cumplimiento de lo investigado, pues de acuerdo con las pruebas allegadas a la actuación administrativa, se debió archivar la misma; v) multó por una suma superior a la dispuesta en la cláusula Décima Novena, numeral 5°, del contrato de suministro 060-DGSM-2014; vi) El acto administrativo no indicó si tuvo en cuenta los contratos modificatorios; vii) se incurrió en incongruencia entre lo considerado y lo decidido; y (viii) el valor de la multa excedió lo pretendido al inicio del procedimiento.

II.- CONTESTACIÓN

La apoderada judicial de la entidad demandada contestó el escrito de demanda mediante memorial radicado el 30 de noviembre de 2018⁴, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y manifestó desarreglo parcial frente a la situación fáctica narrada.

Adujo que las resoluciones cuestionadas fueron el resultado del procedimiento sancionatorio adelantado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y el 86 de la Ley 1474 de 2011, relativos a la potestad sancionatoria de la Administración, a través de un procedimiento administrativo especial tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual, y a su vez, hizo hincapié en que, ante sus vacíos, se debe aplicar la primera parte del CPACA.

De otro lado, propuso la excepción previa de *“dársele a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde”*, misma que fue despachada desfavorablemente en audiencia inicial de 27 de noviembre de 2019⁵.

De igual manera, planteó como excepción de mérito la que denominó *“Aplicación errónea de la norma al proceso sancionatorio contractual”*, basada en que el demandante fundamenta sus argumentos de violación al debido proceso en normas que no le son aplicables al procedimiento sancionatorio, como son los artículos 118 y 133 del CPACA y 285 del CGP.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda se presentó el 30 de noviembre de 2017⁶, ante la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, correspondiéndole al Despacho del Magistrado Oscar Armando Dimaté Cárdenas, quien con auto de 14 de diciembre de 2017, remitió el expediente a la Sección Tercera de esa Corporación Judicial, por competencia funcional.

³ **ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN.** (...) 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

⁴ Folio 185 del C1.

⁵ Folio 221 del C2.

⁶ Folio 76 del C1.

Las diligencias fueron repartidas al Despacho de Magistrado Henry Aldemar Barreto Mogollón quien con providencia de 14 de febrero de 2018⁷, declaró la falta de competencia de ese Tribunal por el factor cuantía, y remitió el expediente al reparto entre los Juzgados Administrativos de Bogotá, correspondiéndole a este Despacho el 1° de marzo del mismo año⁸.

El 15 de junio de 2018, se inadmitió la demanda por contener defectos formales, y una vez subsanados, con auto de 7 de septiembre de esa anualidad, este Despacho admitió la demanda de controversias contractuales presentada por DROSERVICIO LTDA., en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR; además, se ordenaron las notificaciones al ente demandado, a la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En la misma fecha, esto es el 7 de septiembre de 2018, se corrió traslado de la medida cautelar solicitada por la sociedad demandante con la demanda y en escrito separado, y con auto de 4 de febrero de 2019⁹, se accedió a la misma en el sentido de decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 0241 del 2 de marzo de 2017 y de la Resolución No. 0511 del 11 de mayo de 2017, ordenando las comunicaciones del caso. Pese a que aquella providencia fue apelada oportunamente por la entidad demandada y que con auto de 20 de mayo de la misma anualidad¹⁰, se concedió la apelación en el efecto devolutivo, con providencia de 12 de agosto de 2019, se declaró desierto el recurso. en audiencia inicial de 27 de noviembre de 2019 se negó el recurso de reposición y la queja presentados contra el auto anterior.

Conforme lo previsto en los artículos 172 y 199 del CPACA, la entidad demandada contestó oportunamente la demanda, con escrito radicado del 30 de noviembre de 2018.

El 27 de noviembre de 2019¹¹, se realizó la audiencia inicial establecida en el artículo 180 del CPACA, en la cual se evacuó la etapa de saneamiento. Igualmente, se declaró infundada la excepción previa denominada “*Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*”, se fijó el litigio, se exhortó a las partes para que conciliaran sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio, y fue decretada la prueba documental solicitada por la sociedad demandante.

A través de auto de 2 de diciembre de 2019, se requirió a la entidad demandada para que informara si la multa impuesta a Droservicio Ltda., fue pagada directamente por la contratista o si por el contrario el recaudo de esos dineros se hizo con cargo a la Garantía Única de cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de suministro No. 064 DGSM-2014, requerimiento que fue satisfecho con oficio No. 166 de 6 de febrero de 2020¹², con el que se informó que el valor de la multa fue descontada de los montos que esa Dirección General le adeudaba al contratista.

La audiencia de pruebas tuvo lugar el 17 de septiembre de 2020¹³, en la que se incorporó la prueba documental y audiovisual allegada, se declaró finalizada la

⁷ Folio 87 del Cp.

⁸ Folio 96 del CP.

⁹ Folio 21 del C3

¹⁰ Folio 32 del D3.

¹¹ Folio 221 del C2.

¹² Folio 239 del C2.

¹³ Folio 246 del C2.

etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera su concepto, sin embargo, guardó silencio.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Droservicio Ltda.

El vocero judicial de la sociedad demandante, con escrito allegado en correo electrónico de 1° de octubre de 2020, rindió sus alegatos de conclusión con los que reiteró los argumentos plasmados en la demanda y su subsanación. A su vez, adujo que la entidad demandada profirió las resoluciones sancionatorias No. 0241 de 2 de marzo de 2017, y No. 0511 del 11 de mayo de 2017, con violación al debido proceso y falsa motivación, razón por la cual deben ser anuladas.

En lo relativo al cargo de violación del debido proceso, reprocha que no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por su representada y que en su criterio el acto administrativo no tiene congruencia, pues en sus consideraciones indica que se subsanaron los incumplimientos termino sancionando al contratista; agrega que no se graduó la sanción teniendo en cuenta las especiales condiciones del asunto tratado, ni cuantificó la sanción, la que excede el valor pretendido por la entidad. Por ello, aduce que se vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa a su representada, pues no supo qué contradecir en sede de reposición, ya que al no estar claros los fundamentos de la multa impuesta se configuró un falso juicio.

Por ello, resaltó que, pese a que el 16 de marzo de 2017 se solicitó la aclaración a través de una resolución complementaria, esto no se hizo, razón por la cual considera vulnerado su derecho de contradicción y defensa, y en ese sentido, la procedencia de la nulidad de los actos acusados.

Finalmente, insiste en que con la Resolución No. 0511 del 11 de mayo de 2017, se desconoció la solicitud de aclaración elevada, pues le resulta extraño que se haya encausado la argumentación del acto como si se tratara de una reposición con fines revocatorios, cuando no elevó solicitud en ese sentido. Por lo mismo, indica que esa situación le cercenó el derecho de interponer el recurso de reposición contra el fondo del asunto sancionatorio.

2.- Entidad demandada

La Nación- Ministerio de Defensa- Dirección General de Sanidad Militar se abstuvo de presentar sus alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 104 numeral 2, 155 numeral 5, 156 numeral 4 y 164 numeral 2° literal j), del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.-Problema Jurídico

En audiencia inicial de 27 de noviembre de 2019 se fijó el litigio de la siguiente manera:

“El litigio se circunscribe a determinar si procede la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 0241 del 2 de marzo de 2017 “Por la cual la Dirección General de Sanidad Militar,, decide la actuación administrativa sancionatoria adelantada en contra del contratista Droservicio Limitada por el presunto incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de suministro No. 060-DGSM-2014” y de la Resolución No. 0511 del 11 de mayo de 2017, “Por la cual se deciden los recursos de reposición presentados por Droservicio LTDA. y Nacional de seguros S.A., en contra de la Resolución No. 0241 de fecha 3 de marzo de 2017, por medio de la cual la Dirección General de Sanidad Militar decidió la actuación administrativa sancionatoria adelantada en contra del contratista Droservicio LTDA, por el posible incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de suministro No. 060-DGSM-2014”, con base en los cargos de nulidad esgrimidos en la demanda.”

3.- Cuestión Previa

Conforme a la Resolución 0241 de 2 de marzo de 2017, además de declararse el incumplimiento contractual por parte de Droservicio Ltda., e imponérsele una multa económica, se declaró ocurrido el siniestro de incumplimiento amparado por la garantía única de cumplimiento expedida por la Compañía de Seguros Nacional de Seguros S.A.; además, se dispuso que en caso de no pagarse oportunamente la multa por parte de la sociedad sancionada, la misma se descontaría de los saldos resultantes a su favor con la entidad contratante.

Ahora, según lo previsto en el artículo 224 del CPACA, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y reparación directa, cualquier persona con interés directo en el proceso podrá ser citada en el proceso como coadyuvante, litisconsorte o interviniente *ad excludendum*, precepto que permite evidenciar que en los procesos como el que acá se estudia, los terceros con interés deben ser citados a los mismos.

De acuerdo a lo anterior, en principio, la Compañía de Seguros Nacional de Seguros S.A., tendría la calidad de tercero con interés porque obra como garante de la multa impuesta a Droservicio Ltda., lo que haría pensar que debió citársele en esa calidad al presente proceso, y que como tal citación no se surtió, esto podría suponer la vulneración del derecho a la defensa de dicha Compañía de Seguros.

Sin embargo, es claro que en el *sub lite* no se le vulnera ningún derecho a la Compañía de Seguros Nacional de Seguros S.A., por su falta de citación, puesto que conforme al Oficio No. 166 de 6 de febrero de 2020¹⁴, el Director General de Sanidad Militar, acreditó que la multa impuesta a Droservicio Ltda., a través de las resoluciones que acá se pretenden anular, se pagó con la compensación de saldos, lo que lleva a afirmar que bajo ninguna circunstancia la Compañía de Seguros se vería afectada con la determinación que se adopte en este fallo.

Por ende, aunque en un principio se podría pensar que la Compañía de Seguros Nacional de Seguros S.A., tendría la calidad de tercero con interés, observa el juzgado que esa condición realmente no existe en virtud a que si bien en el acto administrativo acusado se hizo efectivo el siniestro amparado, la multa que le fue impuesta a DROSERVICIO LTDA se pagó con compensación de saldos, lo que en la práctica significa que de ninguna manera resultarían afectados los intereses económicos de la compañía de seguros, motivo por el cual su comparecencia a este proceso no era necesaria.

¹⁴ Folio 239 del C2.

4.- Pruebas relevantes.

El acervo probatorio cuenta con el siguiente material:

.- Copia del Contrato de Suministro No. 060 DGSM- 2014, suscrito el 26 de diciembre de 2014 entre la Dirección General de Sanidad Militar y Droservicio Ltda., cuyo objeto es la “*ADQUISICIÓN DISTRIBUCIÓN SUMINISTRO DISPENSACIÓN Y CONTROL DE MEDICAMENTOS A TRAVES DE UN OPERADOR LOGÍSTICO PARA LOS USUARIOS DEL SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES, BAJO LA MODALIDAD DE MONTO AGOTABLE*”, cuyo plazo de ejecución se estableció entre el 31 de diciembre del 2014 y el 30 de junio del 2018, y su cuantía por valor de \$434.326.981.911.¹⁵

.- Copia incompleta del Oficio No 398043, de la Dirección General de Sanidad Militar que, aunque no se tiene certeza sobre a quién va dirigido y cuál es su fin, la lectura del documento permite evidenciar que constituye el pliego de cargos por un sinnúmero de incumplimientos relativos al Contrato de Suministro No. 060 DGSM- 2014, y se anuncia que, en caso de que el contratista no pueda corregirlos y justificarlos, se podría dar inicio al procedimiento de imposición de multa¹⁶.

.- Copia del Oficio No. 408892 de 4 de marzo de 2016, por medio del cual el Director General de Sanidad Militar le anuncia al gerente y representante legal de Droservicio Ltda., así como al representante de su garante, Nacional de Seguros S.A., que se ha tomado la determinación de dar inicio a la actuación administrativa de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual podrá terminar con imposición de multa y/o declaratoria de caducidad del Contrato de Suministro No. 060 DGSM- 2014¹⁷.

.- Copia de la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017 “*POR LA CUAL LA DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR, DECIDE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA EN CONTRA DEL CONTRATISTA DROSERVICIO LIMITADA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL CONTRATO DE SUMINSTRO No. 060-DGSM-2014*”, que en su parte resolutive dispuso lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO.- Declarar el incumplimiento por parte de la Sociedad DROSERVICIO LTDA, identificada con el NIT. 800.099.283 - 5, de las obligaciones contractuales enunciadas en la presente Resolución, tal como se expuso en la parte considerativa del presente Acto Administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de lo establecido en el artículo 1 precedente, imponer una multa a la sociedad DROSERVICIO LTDA, identificada con el NIT. 800.099.283 - 5, por la suma de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$310'254.750.00) en razón al incumplimiento de sus obligaciones contractuales conforme a lo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO.- Declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento amparado por la Garantía Única de Cumplimiento expedida por la Compañía Aseguradora NACIONAL DE SEGUROS.

ARTÍCULO CUARTO.- Que en el evento que la Sociedad DROSERVICIO LTDA., no pague la multa impuesta dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, contados a partir de la ejecutoria del presente

¹⁵ Folio 18 a 29 del Cp.

¹⁶ Folio 136 a 167 del Cp.

¹⁷ Folio 175 a

proveído, la misma podrá ser descontada de los montos que se adeuden al contratista, o hacerse efectiva a cargo de la Garantía Única de cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato No. 060-DGSM-2014 y, si fuese necesario, cobrarse a través de los mecanismos de cobro coactivo.

ARTÍCULO QUINTO.- Una vez ejecutoriado el presente Acto Administrativo, se ordena publicarlo en el SECOP así como informar de la multa impuesta a la Cámara de Comercio respectiva y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia. (...)”¹⁸

.- Memorial del 16 de marzo de 2017, contentivo de la solicitud de “emisión de Resolución Complementaria a la Resolución DGSM 0241 del 2 de marzo de 2017, para de esta forma proceder a sustentar el Recurso de reposición”, mismo que fue incorporado en la audiencia de imposición de sanción llevada a cabo en la fecha¹⁹.

.- Resolución No. 0511 de 11 de mayo de 2017, “POR LA CUAL SE DECIDEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN PRESENTADOS POR DROSERVICIO LTDA Y NACIONAL DE SEGUROS S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N°. 0241 DE FECHA 02 DE MARZO DE 2017, POR MEDIO DE LA CUAL LA DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR DECIDIÓ LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA EN CONTRA DEL CONTRATISTA DROSERVICIO LTDA. POR EL POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO 060-DGSM-2014”, y que, en su parte resolutive, dispuso “CONFIRMAR todo lo decidido en la Resolución 0241 del 02 de marzo de 2017” e indicó que contra esa decisión no procedía recurso alguno²⁰.

.- Memorial de 11 de mayo de 2017, con el que el apoderado de Droservicio Ltda., solicita la suspensión provisional de la Resolución Sancionatoria No. 0511 de 2017, hasta tanto se pronuncien sobre su nulidad, pues insiste en que no se le ha resuelto la solicitud de aclaración²¹.

.- Oficio No. 08843 de 5 de junio de 2017, con el que el Director General de Sanidad Militar, no accede a la anterior solicitud²².

.- A su vez, se cuenta con una USB contentiva de los audios de la audiencia de imposición de multa celebrada el día 16 de marzo de 2017, fecha en la que el apoderado de Droservicio Ltda., y de Nacional de Seguros S.A., sustentaron el recurso de reposición contra la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017; y de la continuación de la audiencia de 11 de mayo de 2017, mediante la cual se dio lectura a la Resolución No. 0511 de esa fecha, con la que se desataron los recursos impetrados²³.

5.- Procedimiento administrativo sancionatorio para la imposición de multas por incumplimiento de contrato.

Como primera medida, es necesario indicar que la contratación pública es el mecanismo con que cuenta la Administración para lograr la consecución de los fines del Estado, la materialización de las políticas públicas y la prestación eficiente y continua de los servicios públicos, a través de un acto bilateral en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer determinada cosa, y la otra a pagar alguna contraprestación por ello, o como un acuerdo

¹⁸ Folio 30 a 49 del Cp.

¹⁹ Folio 50 a 55 del Cp.

²⁰ Folio 56 a 72 del Cp.

²¹ Artículo 73 del CP.

²² Folios 168 a 173 del Cp.

²³ Folio 233 del C2.

entre ellas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica, como expresión de la autonomía de la voluntad, naciendo para los particulares que celebren contratos con el Estado la obligación de colaborar en el logro de dichos fines.

Para el efecto, la Administración ha sido dotada de diferentes mecanismos para hacer cumplir los pactos contractuales con los que pretende efectuar cabalmente sus fines, por virtud de los cuales el ordenamiento jurídico colombiano le otorga a la Administración instrumentos coercitivos para tales propósitos, entre los que se encuentra la potestad de imponer multas y sanciones en la actividad contractual.

Actualmente, con la expedición de la Ley 1150 de 2007²⁴, el legislador precisó que en desarrollo del deber de control y vigilancia que tienen las entidades sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública sobre los contratos, a estas se les faculta para que de manera unilateral puedan imponer las multas que hayan sido pactadas, con el único propósito de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones, sin que la norma señale las causales o razones que pueda estipular la entidad para ello, debe sí hacerlo dentro de un procedimiento sancionatorio, que aunque es sumario, debe garantizar el respeto al debido proceso, lo que es lo mismo a decir que debe adelantarse con citación y audiencia del afectado, a condición de que aún esté pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

Entonces, con fundamento en el *ius puniendi* del Estado y en protección al principio de legalidad, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 reguló un procedimiento sumario, en el cual se establece el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, y que dispone lo siguiente:

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

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

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

Si bien la norma no resulta del todo clara en el señalamiento del procedimiento administrativo para la imposición de la sanción, posteriormente se expidió la Ley 1474 de 2011 - Estatuto anticorrupción-, que en su artículo 86 regula el procedimiento que de manera específica debe seguirse para declarar el incumplimiento contractual, cuantificar los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, así:

²⁴ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

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

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

Lo anterior, permite evidenciar que la Administración está dotada de un procedimiento expedito y efectivo, a fin de apremiar o castigar al contratista incumplido, para proteger el interés público de los efectos nocivos de tales incumplimientos. Esta facultad no ha sido ajena a la jurisprudencia nacional, pues incluso, la Corte Constitucional, en sentencia C-499 de 2015, aseveró lo siguiente:

“4.5.3.2. El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un

procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (..)”

Entonces, dicho procedimiento obliga a la administración a que una vez evidenciado el incumplimiento, deba citar al contratista y a su garante a la audiencia, citación en la que indicará expresa y detalladamente los hechos que soportan la sanción, las pruebas, las cláusulas o normas violadas y las posibles consecuencias que podrán derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, constituyéndose en últimas en el pliego de cargos en su contra, de la imputación que realiza la entidad de las obligaciones contractuales contraídas que el contratista ha incumplido, y luego de surtirse aquél procedimiento, con citación y audiencia del contratista, deberá proferir acto administrativo definitivo que lo absuelva o le imponga la sanción anunciada, acto sobre el cual solo se admite el recurso de reposición.

6.- Análisis de los cargos de ilegalidad.

El Despacho procede al estudio cada uno de los cargos de nulidad que fueron propuestos por Droservicio Ltda., Por ello, se resalta que de la lectura armónica de la demanda y de su subsanación, se establece que pretende la nulidad tanto de la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017, que impuso una multa, como de la Resolución No. 0511 de 11 de mayo de 2017, que la confirmó, por las siguientes razones.

6.1.- De la nulidad de la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017 – actuaciones violatorias del debido proceso y derecho de defensa, y falsa motivación.

Resulta necesario señalar que el artículo 29 de la Carta Magna, consagra el derecho al debido proceso de que gozan todas las personas, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que los principios generales que conforman el derecho fundamental al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines, de manera que se garantice i) el acceso a procesos justos y adecuados, ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas, iii) los principios de contradicción e imparcialidad, y

iv) los derechos fundamentales de los asociados. Según la Alta Corporación, todas estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, y con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho²⁵.

Analizando el caso concreto, el Despacho encuentra que los argumentos expuestos por la sociedad demandante, no tienen la entidad suficiente para desvirtuar la legalidad del acto administrativo sancionatorio cuestionado, pues realiza aseveraciones generales que no constituyen nulidades sustanciales que permitan al juzgado acceder a sus pretensiones, por las siguientes razones:

El contenido del acto cuestionado evidencia que el procedimiento sancionatorio inició con el oficio No. 398043 de 28 de octubre de 2015, firmado por el Mayor General del Aire Julio Roberto Rivera Jiménez, Director General de Sanidad Militar, por presuntos incumplimientos de parte de Droservicio Ltda., durante los meses de junio, julio y agosto de ese año, lapso durante el cual se celebraron varias audiencias que concluyeron con la tasación de la multa impuesta a la firma contratista, sin embargo, ni el mentado oficio ni el expediente sancionatorio se encuentran completos, ni se aportaron todos los anexos a que hacen referencia las documentales aportadas, motivos por los que desde ya se denota una falta probatoria que dé crédito a las afirmaciones que enseguida se estudian.

Aduce la sociedad demandante que la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017, no está motivada, en razón a que no enuncia los hechos y pruebas con las que se tomó la decisión sancionatoria. Este argumento no encuentra respaldo en el citado acto, pues si se analiza su contenido, es claro que se tuvieron en cuenta gran cantidad de elementos probatorios, tales como diferentes documentos, incluidos los entregados en los descargos presentados por Droservicio Ltda., inspecciones efectuadas a algunos Establecimientos de Sanidad Militar y la herramienta digital Spider, pruebas que arrojaron la comprobación de distintos incumplimientos contractuales.

A su vez, en lo relativo a los hechos que sirven de fundamento a la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017, se tiene que están relacionados en los Anexos Nos. 1, 2 y 3 de ese acto administrativo, de los cuales se aportaron los Nos. 2 y 3, y cuya lectura permite establecer los incumplimientos financieros y de la herramienta tecnológica endilgados, pues indican las diferentes conclusiones a las que se llegó en las inspecciones físicas y consultas de esas herramientas digitales, así como de la documental analizada, mismos que aseguran que persistían los incumplimientos investigados, esto sin olvidar que hizo falta el Anexo No. 1 contentivo de los hallazgos técnicos.

Por tanto, decir de forma general que no se consignó en la parte considerativa del acto administrativo objeto de control de legalidad los hechos y pruebas que se tuvieron en cuenta para proferir la sanción, es una afirmación que riñe con lo que se logra constatar con su simple lectura, por lo que bien se puede sostener que no es un argumento que pueda desvirtuar su legalidad.

Ahora, en cuanto a que la entidad demandada no cuantificó los perjuicios ni graduó la sanción a la luz de lo dispuesto en el artículo 50 del CPACA, porque supuestamente en la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017, ello se

²⁵ Sentencias T-391 de 1997, T196 de 2003, y C-089/11.

omitió, dirá el juzgado que esos argumentos tampoco permiten al Despacho por lo menos dudar de la legalidad del acto acusado.

Al contrario de lo manifestado por el apoderado de Droservicio Ltda., y después de una lectura armónica de la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017 y del Contrato de Suministro No. 060 DGSM- 2014, concluye el Despacho que la entidad demandada sí graduó la sanción, conforme a las reglas pactadas en ese acuerdo de voluntades.

En este sentido, la Cláusula Trigésima Segunda del contrato permite establecer que se pactó un régimen de sanciones imponibles en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, así:

“2.- MULTAS

Si durante la ejecución del contrato se llegaren a generar incumplimientos por parte del **CONTRATISTA**, el **CONTRATANTE** puede imponer las multas que se listan a continuación y de acuerdo con el procedimiento aquí previsto de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011. El pago o la deducción de dichas multas no exonerarán al **CONTRATISTA** de su obligación de cumplimiento de la prestación debida ni de las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este contrato. Las partes acuerdan como término de gracia de DIEZ (10) días hábiles, contados a partir del informe presentado por el Grupo Supervisor, para efectos de que el **CONTRATISTA** corrija los hechos generadores de los incumplimientos. Vencido dicho término el **CONTRATANTE** puede imponer la(s) multa(s) desde el momento en que se verifique el incumplimiento.

3. CAUSALES Y TASACIÓN DE LAS MULTAS:

3.1 MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA AUTORIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL FONDO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES.

Por no cumplir con la obligación de iniciar los trámites para la obtención de la Resolución del Fondo Nacional de Estupefacientes el **CONTRATANTE** puede imponer multas de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir del día hábil siguiente a la fecha de la entrega formal de las farmacias y hasta por treinta (30) días calendario.

3.2 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA DISPOSICIÓN DE EQUIPOS, MATERIALES Y DEMÁS BIENES NECESARIOS.

Si el **CONTRATISTA** no dispone de los equipos, materiales y demás bienes requeridos para el cumplimiento del objeto contractual, el **CONTRATANTE** puede imponer multas de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación o del requerimiento que para el efecto realice el Grupo Supervisor del contrato y hasta por treinta (30) días calendario.

3.3 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA DISPOSICIÓN DEL PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.

Si el **CONTRATISTA** no dispone del personal mínimo requerido para el cumplimiento del objeto contractual, el **CONTRATANTE** puede imponer multas de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación o del requerimiento que para el efecto realice el Grupo Supervisor del contrato y hasta por treinta (30) días calendario.

3.4 MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LOS MEDICAMENTOS Y/O DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO FARMACEUTICO (POR CADA EVENTO).

Si durante la ejecución del contrato, el **CONTRATISTA** incumpliere con las Especificaciones Técnicas de los medicamentos y/o la prestación del servicio farmacéutico, el **CONTRATANTE** podrá imponer multas diarias de un (1) salario mínimo legal mensual vigente y hasta por treinta (30) días calendario, contados a partir del momento en que se advierta de este incumplimiento por parte del grupo supervisor.

3.5 MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LOS REQUERIMIENTOS TÉCNICOS DE LA HERRAMIENTA TECNOLÓGICA.

Si durante la ejecución del contrato, el **CONTRATISTA** incumpliere con alguna de las Especificaciones Técnicas de la herramienta tecnológica a las cuales se obligó por virtud de la presentación de su propuesta y de la firma del respectivo contrato, el **CONTRATANTE** puede imponer una multa diaria de un (1) salario mínimo legal mensual vigente y hasta por treinta (30) días calendario contados a partir del momento en que se advierta este incumplimiento por parte del Grupo Supervisor.

3.6 MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA ADECUACIÓN LOCATIVA DE LOS PUNTOS DE FARMACIAS UBICADOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE SANIDAD MILITAR.

Si el **CONTRATISTA** no realiza la adecuación locativa para aquellos puntos de farmacia ubicados en los ESM que así lo requieran dentro del término señalado para el inicio de la ejecución del contrato, el **CONTRATANTE** puede imponer multas diarias equivalentes a un (1) salario mínimo legal mensual vigente y hasta por treinta (30) días calendario, contados a partir del acta de inicio de la ejecución del contrato.

3.7 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LAS GARANTÍAS.

Por no mantener en vigor, renovar, prorrogar, corregir o adicionar las garantías, en los plazos y por los montos establecidos en el respectivo contrato y en los Pliegos de Condiciones, el **CONTRATANTE** puede imponer multas equivalentes a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación y hasta por treinta (30) días calendario.

3.8 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN AL GRUPO DE SUPERVISORES DEL CONTRATANTE.

Si el **CONTRATISTA** no entregare la información completa que le solicite el Grupo Supervisor de el **CONTRATANTE**, siempre y cuando ésta se relacione con el objeto del presente contrato, dentro de los plazos y en los términos de cada requerimiento y se negare a corregir dicho incumplimiento, el **CONTRATANTE** puede imponer una multa diaria de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Estas multas se causarán hasta cuando el **CONTRATISTA** demuestre que ha corregido el incumplimiento respetivo a satisfacción de quien solicita la información.

3.9 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE LA PRESENTACIÓN OPORTUNA DE LA FACTURACIÓN POR DISPENSACIÓN Y/O SUMINISTRO.

Cuando el **CONTRATISTA** incumpla con la presentación de la facturación a el **CONTRATANTE** en los términos establecidos en el Contrato, el **CONTRATANTE** puede imponer una multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación o del

requerimiento para su cumplimiento por parte del grupo supervisor de el **CONTRATANTE**.

3.10 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE LA PRESENTACIÓN OPORTUNA EN LAS FORMULAS MÉDICAS PARA EL PROCESO DE AUDITORÍA (POR CADA EVENTO).

Cuando el **CONTRATISTA** incumpla la presentación oportuna en las fórmulas médicas para el proceso de auditoría a el **CONTRATANTE** en los términos establecidos en el Contrato, el **CONTRATANTE** puede imponer una multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación o del requerimiento para su cumplimiento por parte del Grupo Supervisor de el **CONTRATANTE**.

3.11 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO EN LOS PLANES DE MEJORAMIENTO ESTABLECIDOS (POR CADA EVENTO).

Cuando el **CONTRATISTA** incumpla el cronograma de los planes de mejoramiento acordado con el **CONTRATANTE** puede imponer una multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación o del requerimiento para su cumplimiento por parte del Grupo Supervisor del **CONTRATANTE**.

3.12 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE CUALQUIER OTRA OBLIGACIÓN.

Cuando el **CONTRATISTA** incumpla cualquier otra obligación contractual distintas de las señaladas arriba, el **CONTRATANTE** puede imponer una multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación o del requerimiento para su cumplimiento por parte d Grupo Supervisor del **CONTRATANTE**.²⁶

De lo anterior, y de la revisión del acápite de “*CLAUSULAS INCUMPLIDAS*”²⁷ de la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017, es dable concluir que la cuantificación de la multa se efectuó con arreglo a la cláusula transcrita, pues ante los 9 incumplimientos demostrados²⁸, se aplicó el valor de la multa pactada entre Droservicio Ltda., y la entidad demandada, esto es, la imposición de multa consistente en 1 SMLMV por cada día calendario de incumplimiento, algunos hasta el máximo 30 días, los cuales, según la resolución, estuvieron latentes todos los días del periodo investigado, es decir los meses de junio, julio y agosto de 2015. Por tanto, este argumento tampoco prospera.

De otro lado, asegura el abogado de la accionante que “*No se da cumplimiento al máximo de la multa que establece el contrato, por ejemplo, DECIMA NOVENA NUMERAL 5, tasa multa hasta por 30 días, y así lo expone en motivación, pero al sancionar aplica 90 días, sancionando por 462.050,950 (sic), en la presentación oportuna facturación, especificaciones técnicas requerimientos técnicos, y cualquier obligación*”²⁹.

Lo anterior también encuentra fundamento en la Cláusula Trigésima Segunda del Contrato de Suministro No. 060 DGSM- 2014, pues si bien es cierto que para la mayoría de las multas pactadas se estableció el plazo máximo de 30 días calendario, esta condición no se acordó para todas las multas convenidas por las partes contratantes, como es el caso de las multas descritas en los

²⁶ Folio 26 a 27 del Cp.

²⁷ Folio 41 reverso del Cp.

²⁸ Ver folio 42 a 43 reverso del Cp.

²⁹ Folio 103 del Cp.

numerales 3.8 a 3.12, en las que, si bien se estipuló una multa diaria de 1 SMLMV, nada se dijo sobre el límite temporal con las que sí se condicionó las demás multas, lo que permite inferir que la sanción diaria se configura por cada día que estuvo vigente el incumplimiento, para el caso en estudio, por los meses de junio, julio y agosto de 2015.

En concordancia con lo anterior, la multa que resalta la sociedad demandante, se pactó en el numeral 3.9 *ibidem*³⁰, que tal como se dijo en antecedencia, no estableció la condición temporal máxima de 30 días calendario, por lo que se sancionó cada día de vigencia del incumplimiento en el tiempo investigado, razón de ser que se haya cuantificado en 90 días.

Por otro lado, indica el apoderado de la parte actora que como quiera que Droservicio Ltda., allegó el cumplimiento de lo investigado, la entidad demandada no debió imponerle ninguna sanción sino archivar la actuación. Este argumento deviene impróspero en atención a que no le basta a la demandante con solo afirmar que subsanó todos los incumplimientos y que por lo mismo la sanción resultaba inviable, pues le asiste el deber de probar sus afirmaciones, sobre todo porque la realidad procesal muestra todo lo contrario, en atención a que se le endilgaron un gran número de incumplimientos que, según se dice en las resoluciones aportadas y en alguno de sus anexos, seguían vigentes al momento de proferir aquella determinación.

Por tanto, a la luz de lo consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, donde se establece que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, acreditar sus afirmaciones es una carga procesal que debió asumir Droservicio Ltda., si pretendía demostrar la ilegalidad de los actos acusados bajo el supuesto de que los incumplimientos sancionados no existieron o que se superaron antes de proferir la sanción.

Ahora, también se sustenta la nulidad del acto administrativo en cuestión, bajo la siguiente afirmación: *“4.1. Referido a la cláusula trigésima segunda, sanciona con multas por incumplimiento de la presentación oportuna de las facturas por dispensación, con una conclusión contradictoria, pues concluye que “En este momento está subsanado”*”, deduciendo, en criterio del actor, una falsa motivación.

Pese a que no se expresa mayor argumentación tendiente a verificar la nulidad pedida en este aspecto, la duda que plantea el actor encuentra justificación con la lectura íntegra de la conclusión a la que allega el supervisor financiero del contrato y que se plasma en el anexo No. 2 de la Resolución 0241 de 2017³¹.

En este sentido, si bien es cierto que en el anexo en cuestión se afirmó, respecto de la facturación que se encontraba pendiente y cargada en la Herramienta SAMA, que *“en este momento está subsanada”*, pues se realizaron las conciliaciones a finales del año 2015, también lo es que el supervisor financiero dijo enseguida:

³⁰ **3.9 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE LA PRESENTACIÓN OPORTUNA DE LA FACTURACIÓN POR DISPENSACIÓN Y/O SUMINISTRO.** Cuando el CONTRATISTA incumpla con la presentación de la facturación a el CONTRATANTE en los términos establecidos en el Contrato, el CONTRATANTE puede imponer una multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación o del requerimiento para su cumplimiento por parte del grupo supervisor de el CONTRATANTE.

³¹ Folio 45 reverso y 46 del Cp.

“(…) sin embargo, todavía se encuentran fórmulas con fecha del año 2015 en la facturación presentada por el OPL en lo transcurrido del año 2016. En este momento todos los registros cargados a la Herramienta de SAMA hasta el mes de septiembre de 2016 están facturados por el OPL. Por esta razón como supervisor financiero verifiqué la facturación de septiembre de 2016 y encontré que efectivamente existen fórmulas del periodo junio, julio agosto de 2015, que se están facturando aún. (...)”

Y como se evidencia en la facturación de septiembre de 2016 por la modalidad dispensación, se facturaron las tirillas Nos. 6034, 5988, 5986, 5991, 5993, 5987, 5981, 5992, 5989, 5982, 5985, 5983, 5994, que corresponden a fórmulas del periodo junio, julio y agosto de 2015. Se presentan estas tirillas como ejemplo³². Por lo que persiste el presunto incumplimiento.” (subraya del Despacho).

Lo anterior, no tiene otra interpretación más que el incumplimiento persistía al momento de realizar las verificaciones correspondientes, pese a que se haya efectuado una subsanación parcial del contratista de la facturación cargada en la Herramienta de SAMA, pero que de todas maneras, se pudo evidenciar en el año 2016 la falta de diligencia respecto de facturas tramitadas en el periodo investigado, por lo que se acreditó el incumplimiento contractual, siendo infundada la acotación de la parte demandante en cuanto a que se configuró una falsa motivación.

De igual modo, aduce la Sociedad demandante que se incurre en contradicción y falta de motivación en el acto reprochado, pues éste no cumple con el principio de congruencia en la forma dispuesta en el artículo 281 del CGP, debido a que dicha norma *“exige que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, que No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta, sentido en el cual, si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último”*³³.

El Juzgado desde ya descarta este planteamiento, en atención a que la norma invocada no le es aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio, como quiera que la disposición que se trae a colación hace referencia a la expedición de sentencias judiciales, y no de actos administrativos, como el que se pretende anular con esta demanda.

Ahora, el Despacho no desconoce que la congruencia, en lo relativo a actos administrativos, también es un principio que rige los actos administrativos, como garantía del debido proceso y que, en atención al mismo, la administración debe expedir esos actos guardando la armonía necesaria entre la parte motiva y la resolutive, es decir, que de sus consideraciones y motivaciones se pueda concluir lo decidido y así disponer adecuadamente la situación jurídica estudiada. Es claro, además, que un acto administrativo estaría viciado de nulidad si su parte resolutive contiene una decisión que no guarda ninguna relación con su parte motiva, pues si la falsa motivación hace nulos los actos de la administración, con la misma razón resultan inválidos esos actos cuando carecen de motivación, que es lo que en la práctica sucede cuando las consideraciones están totalmente divorciadas con la parte dispositiva del acto en cuestión.

Para justificar sus aseveraciones, la parte demandante asegura que no se expuso en la Resolución No 0241 de 2017, si se tuvo en cuenta o no los

³² *Ibíd.*

³³ Folio 103 del Cp.

contratos modificatorios o las pruebas que aportó Droservicio Ltda., durante la actuación. Sobre este punto, como se dijo líneas atrás, el apoderado de la parte actora asegura que presentó elementos de convicción tendientes a desvirtuar los incumplimientos sancionados, pero no indica qué clase de pruebas o cuáles son, mucho menos las trajo a este proceso, por lo que la realidad procesal no permite evidenciar si en efecto sus afirmaciones son ciertas o no, y si lo que busca es indagar si en el acto administrativo se tuvieron en cuenta, solo basta ver su acápite de pruebas, en el que se adujo que, entre otras, se tuvo como prueba *“En general, la totalidad de los documentos entregados por DROSERVICIO LTDA., como soporte de los descargos presentados durante el curso del procedimiento”*³⁴. Por tanto, anunciar que durante la actuación administrativa se aportaron pruebas con el mérito suficiente para desvirtuar la sanción, sin siquiera precisarlo y/o probarlo, no es algo que dé convencimiento a este Despacho para remover la legalidad de la resolución que pretende sea anulada, por lo que este cargo tampoco prospera.

Reprocha igualmente, que en el texto del acto administrativo acusado no se le indicó en qué parte del contrato se pactó tener en cuenta el requerimiento plasmado en el anexo No. 10 al contrato principal, por lo que afirma que se incurre en falta de motivación e incongruencia. Estas acotaciones, tal como lo interpreta el Juzgado, carecen de fundamento, pues si se estudian los motivos que propiciaron la expedición de la multa, se tiene que fue por el incumplimiento de la Cláusula Tercera del acuerdo de voluntades, que dispone: *“ESPECIFICACIONES TÉCNICA HERRAMIENTA TECNOLÓGICA: EL CONTRATISTA, se obliga para con el CONTRATANTE a cumplir con las especificaciones y características señaladas en el Anexo Técnico No. 10 "Herramienta Tecnológica" el cual hace parte integral del presente contrato”*. Además, ese incumplimiento se encuentra demostrado en el Anexo No. 3 de la Resolución No. 0241 de 2017.

El abogado de la parte actora también cuestiona el hecho de que en la Resolución No 0241 de 2017, se afirme que no se cumplió con los requisitos técnicos de la herramienta tecnológica, referidos en el anexo No. 10 del contrato, pero que no se le haya indicado en qué parte del acuerdo de voluntades aparece esa obligación; lo cual se cae de su propio peso, si se tiene cuenta que la simple lectura de la cláusula Décima Novena del Contrato de Suministro No. 060 DGSM- 2014³⁵, relativa a las obligaciones del contratista, es clara en establecer que debe *“Cumplir con las condiciones y especificaciones señaladas en el Anexo Técnico No. 10 -Herramienta Tecnológica del Pliego de Condiciones del Proceso de Licitación Pública No. 049 MDN-CGFM-DGSM-HOMIC-2014 y de la oferta presentada por el CONTRATISTA.”*, por tanto, decir que no tiene claridad en qué cláusula del contrato le impone aquella obligación, no es un argumento que tenga la fuerza suficiente para desvirtuar la legalidad del acto cuestionado.

Pues bien, si lo que pretende demostrar el abogado de la accionante es que aquél Anexo no le impone ninguna carga u obligación susceptible de incumplimiento, se destaca que éste no fue allegado por la parte demandante, y por ello, no es factible entrar a verificar su contenido para concluir si la entidad demandada se extralimitó en la imposición de la multa o si la misma era o no procedente. De igual manera ocurre con sus reparos relativos al Anexo Técnico No. 1 de la Resolución No. 0241 de 2017, pues si bien indica que no se le informa en qué lugar aparecen consignadas sus obligaciones y que en ese anexo se indicó que no persisten varios incumplimientos, no se puede comprobar sus argumentos en atención a que el documento tampoco fue allegado al expediente.

³⁴ Folio 39 reverso.

³⁵ Folio 21 reverso

Por otra parte, indica el togado que la DGSM pretendía el valor de \$268.887.070, y multó por un valor mayor, por lo que considera que no se cumple con la congruencia establecida en el artículo 281 del CGP. Este cargo tampoco prospera, en el entendido que la multa le fue impuesta según se anunció y bajo las reglas y montos pactados en el contrato para la imposición de éstas, teniendo en cuenta los incumplimientos que le fueron expuestos durante todo el trámite sancionatorio y con el oficio No.408892 de 4 de marzo de 2016³⁶, con el que la Dirección General de Sanidad Militar lo citó para adelantar la audiencia dispuesta en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Es decir, que la lectura del oficio en cuestión, permite evidenciar que en el acápite pertinente se le indicó al contratista y a su garante la fórmula matemática que se utilizaría para tasar la multa, en caso de que la misma fuera procedente, fórmula que no es más que la réplica de la Cláusula Trigésima Segunda del contrato de suministro, citada anteriormente, por lo que además de permitirle su contradicción, se le anunció las posibles consecuencias que podrían derivarse en el desarrollo de la actuación, la cual sólo se concretó al expedir el acto administrativo definitivo que dirimió aquella situación jurídica, sin que se pueda evidenciar que fuera por hechos diferentes a los endilgados en el pliego de cargos.

Además, en el oficio No. 8843 de 5 de junio de 2017³⁷, se afirma que la tasación de la posible multa fue discutida con el contratista en la audiencia sancionatoria llevada a cabo el 4 de mayo de 2016, y como quiera que no se aportó el acta de la audiencia o el audio de la misma, difícilmente se puede concluir que la demandada impuso una multa arbitraria y que no haya sido puesta a consideración del entonces contratista investigado.

Por último, de ser cierto que la DGSM le haya anunciado a Droservicio Ltda., que sus incumplimientos le podrían acarrear una multa por valor de \$268.887.070, pero que al final el acto administrativo sancionó pecuniariamente a la contratista por una cantidad superior, esa sola circunstancia no hace nula la resolución atacada, pues bajo el principio de legalidad y en el entendido que la administración obró de acuerdo con los parámetros sancionatorios arriba citados, debe suponer este operador judicial que la cuantía superior, *per se*, no hace nula la Resolución No. 0241 de 2017, pues debe corresponder matemáticamente con los hallazgos verificados.

Entiende el Juzgado que la parte demandante se vale del principio de congruencia para sustentar la tesis de que la administración no puede multar por cantidad superior a la pretendida. Empero, tal como ya se dijo, las normas del Código General del Proceso sobre la materia resultan abiertamente impertinentes para dirimir el conflicto, gracias a que esa integración normativa que hace la accionante no está permitida.

Así las cosas, se concluye que los argumentos presentados por Droservicio Ltda., y las pruebas que allegó al expediente, no tienen el mérito suficiente para desvirtuar la presunción de validez que arroja la Resolución No. 0241 de 2 de marzo de 2017, pues no se logra concluir que la misma haya sido expedida con violación al debido proceso y derecho de defensa en cabeza del contratista sancionado, y menos por las razones que invoca la Sociedad demandante. Por tanto, estos cargos no prosperan.

³⁶ Folio 175 del Cp.

³⁷ Folio 169 del Cp.

6.2.- De la nulidad de la Resolución No. 0511 de 11 de mayo de 2017.

6.2.1.- Nulidad por falsa motivación.

Alega la parte actora que en la expedición de la Resolución No. 0511 de 11 de mayo de 2017, se vulneró el debido proceso, por cuanto habiendo interpuesto recurso de reposición con el fin de que se aclarara la Resolución 0241 del 02 de marzo del 2017, la entidad demandada no emitió tal aclaración, sino que confirmó la determinación bajo el entendido de que se solicitó su modificación y revocación, sin haberlo solicitado. Por esto considera demostrada la falsa motivación.

Sobre dicha figura jurídica, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha manifestado lo siguiente:

“El control jurisdiccional de los actos administrativos permite detectar cuándo la administración, sin atender los fines que se le han encomendado y del contenido que debe dar a todas sus actuaciones, los expide sin que medie un motivo legal que los respalde o con fundamento en razones falsas o inexactas. Cabe anotar que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y de veracidad, de acuerdo con las cuales se entiende su sujeción al ordenamiento y la certeza de los hechos sobre los cuales descansan, presunción esta indispensable para su ejecución y que impone a quien pretende desconocerlos la carga de desvirtuar su obligatoriedad. (...) De igual forma se ha dicho por la jurisprudencia que la falsa motivación, “(...) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad”. (...) En conclusión, la falsa motivación se presenta cuando los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas o porque el autor del acto le ha dado a los hechos un alcance que no tienen³⁸.

De acuerdo a lo considerado en la Resolución 0241 del 02 de marzo del 2017³⁹, se sabe que la DGSM con oficio número No. 398043 MDN-CGFM-DGSM-SAF-GC de fecha 28 de octubre de 2015, le informó a Droservicio Ltda., los presuntos incumplimientos de las obligaciones pactadas en el Contrato de Suministro No. 060-0GSM-2014, entre los meses de junio, julio y agosto de 2015, indicándole que debería ejercer su derecho de defensa dentro de los 10 días siguientes, tal como quedó establecido en cláusula *TRIGÉSIMA SEGUNDA* de aquel pacto, defensa que se ejerció el 18 de noviembre de ese año. Luego, el 22 de enero de 2016, la DGSM le aclaró algunos aspectos requeridos por el contratista.

Con comunicación No. 408892 MDN-CGFM-DGSM-SAF-GC-17 del 4 de marzo de 2016, la DGSM informó al contratista y a su garante, la Aseguradora Nacional de Seguros S.A., el inicio de la actuación administrativa de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, convocándolos a audiencia pública de descargos y eventual imposición de sanciones el 15 de marzo de 2016, fecha que fue prorrogada en diferentes oportunidades, siendo llevada a cabo el 4 de mayo siguiente, en la que se le reiteraron los incumplimientos aludidos y se tasó la posible multa, lo cual dice constar en el acta No. 588 de esa fecha y que hace parte íntegra de la Resolución, acta que no fue aportada al expediente.

³⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B”, sentencia de 6 de abril de 2011, expediente 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483). CP. Stella Conto Díaz de Castillo.

³⁹ Folio 30 y ss. del Cp.

La DGSM dio continuidad a la audiencia pública de descargos y eventual imposición de sanciones los días 20 de mayo, 16 de junio y 22 de junio de 2016, dejando consignados los temas tratados en las actas Nos. 605, 757 y 787, respectivamente, sin que esos actos estén probados en el expediente.

Ahora, se destaca que tampoco se aportó copia del acta de audiencia o el archivo audiovisual de la continuación de la audiencia fechada el 2 de marzo de 2017, cuando se profirió la resolución sancionatoria, pero se cuenta con el oficio No. 08843 de 5 de junio de 2017⁴⁰, que narra lo ocurrido en esa diligencia de la siguiente manera:

“Surtida la etapa probatoria y análisis de las mismas, la Dirección General de Sanidad Militar el día 02 de marzo de 2017, llevó a cabo la audiencia pública de debido proceso por los incumplimientos incurridos por Droservicio Ltda. en la cual se dio lectura a la Resolución 0241 del 02 de marzo de 2017 *"POR LA CUAL LA DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR, DECIDE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA EN CONTRA DEL CONTRATISTA DROSERVICIO LIMITADA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL CONTRATO DE SUMINSTRO No. 060-DGSM-2014*, notificando la misma al Representante Legal de Droservicio Ltda., y a la apoderada de la Compañía de Seguros Nacional de Seguros.

Previa lectura de la Resolución 0241 de 2017 citada, se concedió el uso de la palabra al Representante Legal de Droservicio Limitada, quien solicitó se escuchara al apoderado jurídico y le confirió poder para actuar en la audiencia.

Por su parte el Representante Legal Jurídico de Droservicio Ltda., en nombre y representación de DROSERVICIO LTDA, realiza su intervención, la cual me permito transcribir.

Minuto 8.25 al 9.29 *"Teniendo en cuenta la resolución sancionatoria y en calidad de Representante Legal Jurídico de Droservicio Limitada, con el debido respeto de siempre, no obstante no conocer el contenido de la resolución previamente a solicitar una petición complementaria y sustentar mi recurso de reposición de plano, voy a solicitar ese recurso para que la sustentación del mismo se de en otra audiencia en la cual la Dirección General de Sanidad fije la fecha para la sustentación del recurso, **por lo tanto considérese que he interpuesto el recurso de reposición contra la resolución.***

Por su parte la Apoderada de la Compañía Aseguradora Nacional de Seguros, realiza su intervención en la audiencia, que a continuación se transcribe:

Minuto 9.30 al 10.14 *"Buenos días a toda la audiencia, en calidad de apoderada de Nacional de Seguros ya reconocida dentro de este proceso, me permito interponer Recurso de Reposición y solicitarles a ustedes muy respetuosamente se sirvan suspender la audiencia del día de hoy para que sea reprogramada nueva fecha con el fin de poder tener conocimiento pleno de toda la resolución para ejercer nuestro derecho de defensa (...) sustentando en la próxima audiencia en donde se solicitaría un término prudencial dado la magnitud del contrato y de la resolución que nos van a poner de presente".*

Teniendo en cuenta la solicitud realizada por el Representante Legal Jurídico de Droservicio Ltda., y la Apoderada de la Compañía Aseguradora Nacional de Seguros se suspendió la audiencia de fecha 02 de marzo de 2017, para garantizar el ejercicio del derecho de defensa.

La Dirección General de Sanidad Militar, habida cuenta que fue interpuesto en audiencia pública, por parte Representante Legal Jurídico de

⁴⁰ Folio 168 y ss. Del CP.

Droservicio Ltda., y la Apoderada de la Compañía Aseguradora Nacional de Seguros, el Recurso de Reposición a la Resolución 0241 de 2017, citó y continuó la audiencia el 16 de marzo de 2017, con el fin de escuchar los argumentos del Contratista y la Compañía Aseguradora que dieron origen al Recurso de Reposición, en ejercicio del derecho de defensa que les asiste.

Instalada la audiencia de fecha 16 de marzo de 2017, el apoderado especial y Representante Legal Jurídico de Droservicio Ltda., presenta "solicitud de emisión de resolución complementaria a la resolución DGSM241 del 2 de marzo de 2017".

En el escrito antes mencionado el apoderado especial y Representante Legal Jurídico de Droservicio Ltda., se pronuncia de fondo sobre los hechos y consideraciones expuestas por la Dirección General de Sanidad Militar en la Resolución 0241 de 2017, manifestando su desacuerdo en los incumplimientos imputados por la Entidad, así como en la tasación de la multa impuesta.

El pronunciamiento de fondo realizado por Droservicio Ltda., y su manifestación expresa en audiencia pública de **interponer Recurso de Reposición**, llevaron a la administración a desatar el mismo a través de la resolución No. 0511 del 11 de mayo de 2017. (...)

Se deduce de lo anterior que tanto el apoderado especial y Representante Legal Jurídico de Droservicio Ltda., como la Apoderada de la Nacional de Seguros, en primer lugar en la audiencia desarrollada el día 2 de marzo de 2017, expresamente interpusieron "**Recurso de Reposición contra la resolución 0241 de 2017**", solicitando suspensión de la misma para que en otra audiencia pública pudieran sustentar el mencionado recurso, razón por la cual no pueden afirmar, como pretenden hacerlo en el momento el apoderado especial y representante legal jurídico de Droservicio Ltda., que nunca interpusieron el mencionado recurso, aduciendo que su solicitud iba encaminada únicamente a que se aclarara la citada resolución."

Ahora, suspendida la audiencia de 2 de marzo de 2017, se fijó el día 16 siguiente para su continuación, a fin de que se sustentaran los recursos de reposición interpuestos por Droservicio Ltda., y su garante, contra la resolución sancionatoria. Así, escuchado el audio de la continuación de la audiencia pública de 16 de marzo de 2017⁴¹, se puede establecer que: i) La audiencia se instaló con el fin de sustentar los recursos de reposición interpuestos por Droservicio Ltda., y Nacional de Seguros, en contra de la Resolución 0241 de 2 de marzo 2017⁴²; y ii) Que una vez se le concedió el uso de la palabra al apoderado de Droservicio Ltda., adujo que "Paso a sustentar mi solicitud que hiciera en la audiencia pasada o de resolución complementaria o sustentar el recurso de reposición contra la resolución DGSM 0241 del 2 de marzo de 2017"⁴³, para lo cual dio lectura al documento visible a folios 50 a 55 del expediente, el cual ataca la decisión impugnada pero para solicitar la aclaración de 9 puntos tratados en aquel acto administrativo.

Luego, en la continuación de la audiencia pública el 31 de mayo de 2017, se profirió la Resolución No. 511 de 2017 "POR LA CUAL SE DECIDEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN PRESENTADOS POR DROSERVICIO LTDA Y NACIONAL DE SEGUROS S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N°. 0241 DE FECHA 02 DE MARZO DE 2017, POR MEDIO DE LA CUAL LA DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR DECIDIÓ LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA EN CONTRA DEL CONTRATISTA DROSERVICIO LTDA. POR EL POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO 060-DGSM-2014".

⁴¹ visible en la USB obrante a folio 234 del C2.

⁴² Minuto 3:02 del audio de la audiencia denominado "00051".

⁴³ Minuto 3:18 *ibidem*.

La lectura de ese acto administrativo permite evidenciar que la DGSM resolvió uno a uno los planteamientos presentados por el apoderado de Droservicio Ltda., y de su garante, concernientes al recurso de reposición interpuesto con fines de aclaración del acto administrativo acusado, pues en un primer momento decidió los cuestionamientos relativos al monto de la sanción, a los documentos que fundamentan las conclusiones sancionatorias, las justificaciones contractuales de las mismas y las acotaciones contra lo decidido, y a su vez, aunque aclaró punto por punto lo pedido por el apoderado recurrente, concluyó que no era procedente expedir resolución aclaratoria por estar demostrado que tanto el contratista como su garante conocían el resultado de las pruebas que evidenciaron los incumplimientos contractuales sancionados, dándoles la oportunidad durante todo el trámite sancionatorio de ejercer su derecho de defensa y contradicción, aspecto que consideró estaba claro para las partes. Por ello, dispuso en su parte resolutive, confirmar lo resuelto en el acto sancionatorio.

Con lo anterior, el Despacho no encuentra probado que el apoderado de Droservicio Ltda., haya solicitado la aclaración de la Resolución No. 0511 de 2017, como lo afirma en su cargo de nulidad, sino que lo hizo respecto de la Resolución No. 241 de 2 de marzo de 2017, que impuso la sanción. Es decir, que se desvirtúa plenamente el cargo de nulidad por falsa motivación de la resolución 0511 de 2017, basado en que *“Se vulnera el debido proceso, por cuanto se omite la aplicación del artículo 285 del código general del proceso, ya que habiendo solicitado la aclaración a la resolución sancionatoria 0511 del 11 de mayo de 2017 que confirma, (sic) la resolución 0241 del 02 de marzo de 2017, la dirección general de sanidad militar, no emite tal aclaración, si no (sic) que confirma la resolución bajo el entendido que solicitamos la impugnación, su modificación y revocación, sin haberlo solicitado,...”* (fl. 6 C.1), por la potísima razón de que nunca se pidió aclaración de la Resolución 0511 de 2017, sino que ello se solicitó frente a la resolución 0241 del mismo año.

Por el contrario, las pruebas indican que en la continuación de la audiencia pública sancionatoria llevada a cabo el 2 de marzo de 2017, el apoderado de la sociedad demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 241 de 2 de marzo de 2017, y solicitó sustentarlo en una fecha posterior. La audiencia continuó el 16 de marzo siguiente, fecha en la que en sus palabras sustentó la solicitud de expedición de una resolución aclaratoria, bajo la forma de un recurso de reposición, lo que llevó a expedir posteriormente la Resolución No. 511 de 2017, con la que se decidieron todos sus pedimentos.

Lo anterior permite evidenciar que, en efecto, el apoderado de la sociedad demandante sí interpuso el recurso de reposición contra la Resolución No. 241 de 2 de marzo de 2017, y que, al momento de tener el uso de la palabra para su sustentación, además de reprochar la decisión, elevó solicitudes de aclaración, las cuales le fueron resueltas con la resolución que desató la reposición.

Ahora, si bien es cierto que el apoderado sustenta el cargo de falsa motivación bajo el reproche de que en la parte resolutive del acto cuestionando se decidió confirmar lo recurrido, como si se tratara de un recurso con el fin de revocar, cuando lo que se pidió fue una aclaración, este solo argumento no tiene el mérito suficiente para desvirtuar la legalidad del acto recurrido, pues si se tiene en cuenta la parte considerativa del mismo, no hay duda que los argumentos que le sirvieron de fundamento a esa decisión están encaminados a resolver tanto los dirigidos contra la determinación, como los de aclaración que solicitó el recurrente.

Lo que observa el Despacho, es que la entidad demandada profirió la Resolución No. 511 de 2017 sin técnica jurídica, pues a pesar de que en sus consideraciones se resolvieron todas las acotaciones y dudas del apoderado de la sociedad demandante frente a la sanción impuesta, y que negara la aclaración pedida, en su parte resolutive, no se pronunció al respecto y decidió, de forma general, confirmar lo decidido en la Resolución No. 0241 del mismo año. Sin embargo, el hecho de que no se hayan utilizado los términos adecuados en la parte introductoria o la resolutive, no desacredita la legalidad del acto, pues su lectura íntegra permite concluir que se resolvieron todos y cada uno de los reproches que el contratista elevó en la audiencia pública a título de aclaración y reparo contra lo decidido.

Además, no se puede perder de vista que el apoderado de Droservicio Ltda., fue citado el 16 de marzo de 2017, para sustentar el recurso de reposición que ya había interpuesto en la continuación de la audiencia sancionatoria llevada a cabo el día 2 de ese mes y año, y que al momento de darle la palabra con tal fin, adujo que iba a argumentar la solicitud de aclaración y el recurso de reposición frente al acto reprochado, razones por las cuales se expidió la Resolución No. 511 de 2017 en ese sentido.

En el procedimiento administrativo regulado en la primera parte del CPACA, no se tiene una clara reglamentación sobre la aclaración de los actos administrativos definitivos, sin embargo, el legislador enmarcó esta figura procesal para hacerla efectiva a través del recurso de reposición con fines de aclaración, según lo dispuesto en el artículo 74 *ibidem*, por lo que tampoco se puede encasillar la expedición de la Resolución No. 511 de 2017, como violatoria del debido proceso, pues resolver la aclaración de un acto administrativo definitivo desatando un recurso de reposición, está al amparo de la Ley.

Es preciso agregar que el hecho de que la DGSM haya decidido el recurso de reposición con fines de aclaración como un recurso de reposición definitivo, no configura *per se* una falsa motivación, pues como lo indica la jurisprudencia referida con antelación, esta causal de nulidad requiere para su estructuración que la administración emplee fundamentos fácticos o jurídicos mentirosos, contrarios a la verdad, lo que en el *sub lite* no ocurre, precisamente porque la entidad demandada atendió todos y cada uno de los planteamientos y aclaraciones elevados por Droservicio Ltda.

Es claro, además, que la motivación empleada por la administración para imponer la sanción a la entidad demandante, no es del agrado de la última, lo que desde luego está lejos de tornarla falsa.

Por tanto, como quiera que en el caso de marras no se logró demostrar que la Resolución No. 511 de 2017, fue proferida con falsa motivación, este argumento tampoco prospera.

6.2.2.- Nulidad por “pretermittir las etapas procesales”.

Alega el apoderado de la parte actora que en el procedimiento administrativo sancionatorio se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral 2° del artículo 133 del CGP, que dispone que el proceso será nulo en todo o en parte “*Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*” (Negrillas del Despacho), además de haberse desconocido lo prescrito en el artículo 322 *ibidem*, en la parte que dice: “*Proferida una providencia complementaria o que niegue la adición solicitada, dentro del término de ejecutoria de*

esta también se podrá apelar de la principal. La apelación contra una providencia comprende la de aquella que resolvió sobre la complementación.”.

El abogado considera que la causal de nulidad y la violación de la norma anterior se producen porque el recurso de reposición con fines de aclaración que interpuso Droservicio Ltda., se decidió como un recurso de reposición definitivo, con lo que se le privó del derecho a formular el recurso de reposición contra el acto definitivo por todas las razones que se hubieran podido concebir una vez conocida la postura de la administración frente a la aclaración.

El Despacho, después de analizar el cargo, arriba a la conclusión de que no puede prosperar por las siguientes razones:

En primer lugar, porque el control de legalidad que el ordenamiento jurídico interno encomienda a los jueces administrativos frente a los actos administrativos, debe surtirse con base en normas que respondan a los principios de especialidad y especificidad, ya que si bien existen distintas fuentes normativas o codificaciones que consagran causales de nulidad y/o reglas de procedimiento a observar, a cada materia solo le son aplicables las que el legislador haya previsto con tal fin.

Se dice lo anterior, puesto que las causales de nulidad frente a los actos administrativos no están contempladas en el Código General del Proceso sino en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, específicamente en el artículo 137, según el cual los actos administrativos de carácter general y los de contenido particular y concreto son nulos “...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.”.

Esto impide, desde luego, que el juicio de validez de los actos administrativos se adelante con fundamento en normas de otras codificaciones, incluido el Código General del Proceso, cuyos artículos 133 y 322 de ninguna manera regulan lo relativo a actuaciones propias del procedimiento administrativo previsto para que la administración imponga sanciones económicas a sus contratistas cuando injustificadamente dejan de atender sus obligaciones contractuales.

Nótese, por ejemplo, que el artículo 133 del CGP se refiere, en la parte invocada por Droservicio Ltda., a la pretermisión íntegra de la respectiva instancia, circunstancia que solo opera en los procesos judiciales y no en los procesos administrativos, menos en el que enfrentó la parte demandante ante la DGSM, pues como se ventiló en esta providencia se trató de un trámite administrativo de única instancia, en el que solo se disponía del recurso de reposición.

Algo similar puede decirse en cuanto al artículo 322 del CGP, que trata lo relativo al recurso de apelación, tema completamente ajeno a este debate en el que como ya se dijo, la segunda instancia no estuvo al alcance de la contratista demandante.

Pues bien, como el numeral 4° del artículo 162 del CPACA prescribe que “cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.”, y al estar claro que los actos administrativos solo son enjuiciables con base en las causales de nulidad contempladas en el CPACA, el hecho de que el abogado de la parte ejecutante se haya valido de normas jurídicas del CGP para utilizarlas como causales de

nulidad o como reglas desatendidas por la DGSM durante el trámite administrativo que concluyó con la sanción económica, conduce al fracaso del cargo de nulidad.

En segundo lugar, y dejando de lado lo anterior, el reproche formulado por la parte actora a la Resolución no. 0511 de 11 de mayo de 2017, fundado en que se decidió como definitiva la reposición que se propuso con fines de aclaración, no tiene la fuerza suficiente para desvirtuar la legalidad de la sanción pecuniaria por incumplimiento impuesta a través de la resolución 0241 de 2 de marzo de 2017.

De un lado, porque si se trata de una solicitud aclaratoria, es claro que no podría en manera alguna modificar la decisión adoptada. Y de otro lado, porque las irregularidades que eventualmente se hayan podido producir en el marco del acto aclaratorio, solamente afectarían al último más no al primero, así se diga que entre los dos se conforma una unidad jurídica.

En tercer lugar, visto desde una perspectiva material el contenido de la Resolución No. 0511 de 11 de mayo de 2017, no puede negarse que todas y cada una de las inquietudes expresadas por Droservicio Ltda., a la DGSM, fueron abordadas y decididas en ese acto. Así quedó explicado en uno de los acápite desarrollados en la parte motiva de esta providencia, en el que se evidencia que la administración sí respondió los aspectos del acto sancionatorio que en opinión de la parte demandante debían aclararse.

Por tanto, la reposición con fines de aclaración sí se trató en el fondo como tal, puesto que la DGSM abordó cada uno de los planteamientos elevados por Droservicio Ltda., en el escrito radicado en la continuación de la audiencia de 2 de marzo de 2017, lo que lleva a sostener que al menos en esta parte la irregularidad no podría desvirtuar la legalidad del acto aclaratorio y, mucho menos del acto administrativo que impuso la sanción por incumplimiento.

Y, en cuarto lugar, lo que podría darle de alguna manera la razón a la parte demandante es que en el artículo tercero de la Resolución 0511 de 11 de mayo de 2017 la DGSM dispuso que “*contra la presente decisión no procede recurso alguno*”, lo que en opinión de Droservicio Ltda., le impidió interponer el recurso de reposición contra el acto definitivo por aspectos sustanciales.

Esa situación, en criterio del juzgado, no afectó el derecho al debido proceso y a la defensa inherentes a Droservicio Ltda., puesto que con tal disposición lo que hizo la administración fue cerrar definitivamente la fase administrativa, pero en manera alguna impedirle que ejerciera su derecho de defensa ante la jurisdicción, escenario en el que perfectamente ha podido exponer todas y cada una de las irregularidades que según él ocurrieron durante el trámite administrativo sancionatorio, lo que de hecho así hizo, en virtud a que los argumentos que alimentan los cargos de nulidad esgrimidos con la demanda, concuerdan en su gran mayoría con lo planteado por Droservicio Ltda., ante la DGSM.

Por ello, pretender sostener que su derecho a la defensa se vio limitado con la expedición de la Resolución No. 0511 de 11 de mayo de 2017, no se ajusta a la realidad, pues como se dijo, toda irregularidad que haya observado la compañía sancionada, al margen de lo ya discutido, la ha podido ventilar ante la jurisdicción, como de hecho así ocurrió.

Por lo acotado con antelación, al haberse desvirtuado los cargos de nulidad alegados en contra de la Resolución No. 0241 del 2 de marzo de 2017 y de la Resolución No. 0511 del 11 de mayo de 201, expedidas por la DIRECCIÓN

GENERAL DE SANIDAD MILITAR, este juzgado negará las pretensiones de la demanda.

7.- Acotación final

En atención a que en este asunto se encuentra en firme el auto de 4 de febrero de 2019, que decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 0241 del 2 de marzo de 2017 y de la Resolución No. 0511 del 11 de mayo de 2017, y ante la improsperidad de las pretensiones, se dispondrá el levantamiento de esa medida cautelar.

8.- Costas

Si bien el artículo 188 del CPACA prescribe que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”, de ello no se sigue necesariamente que ante un pronunciamiento adverso la parte vencida deba ser condenada en costas. Por lo tanto, y en atención a que la parte demandante ejerció su derecho de acción sin acudir a maniobras censurables, el Despacho no la condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **CONTROVERSIA CONTRACTUALES** promovida por **DROSERVICIO LTDA** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR**.

SEGUNDO: LEVANTAR la medida cautelar decretada en auto de 4 de febrero de 2019⁴⁴. Por secretaria, efectuar las comunicaciones del caso.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: ORDENAR la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

JFAT

Correos electrónicos
Accionante: gejupayan@gmail.com
Accionado: notificacionesdsgm@sanidadfuerzasmilitares.mil.co ; notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co ; luisa.hernandez@mindefensa.gov.co
Ministerio Público: mferreira@procuraduria.gov.co

Firmado Por:

Henry Asdrubal Corredor Villate
 Juez Circuito
 Juzgado Administrativo
 038
 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

⁴⁴ Folio 21 del C3.

Controversia Contractual
Radicación: 110013336038201800058-00
Actor: Droservicio Ltda.
Demandado: Dirección General de Sanidad Militar
Fallo Primera Instancia

Código de verificación: **1f0804a09f77ecfb120c7eef64af5f4c70b59fa94e140b2ea8a7d85f506f14d0**
Documento generado en 22/02/2022 11:07:35 AM

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