



Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Asunto	Proceso ordinario de controversia contractual
Radicación No.	11001-33-43-060-2019-00233-00
Accionantes	Sociedad ZIDCAR S.A.S.
Accionado	Jardín Botánico de Bogotá "José Celestino Mutis"
Sentencia No.	2022-0016CC
Tema	Nulidad de acto sancionatorio contractual
Sistema	Oral

Contenido	
1. ANTECEDENTES	2
2. PARTES	2
3. LA DEMANDA	2
3.1 HECHOS RELEVANTES	2
3.1.1 ACERCA DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO	2
3.1.2 ACERCA DEL PROCESO SANCIONATORIO.....	3
3.2 PRETENSIONES.....	3
3.3 NORMAS VIOLADAS	4
3.4 CARGOS DE NULIDAD	4
3.4.1 PRIMER CARGO.....	4
3.4.2 SEGUNDO CARGO	5
4. LA DEFENSA	7
4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES	8
4.3 EXCEPCIONES.....	8
4.3.1 INEXISTENCIA DE CAUSALES DE NULIDAD	8
4.3.2 DEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL INCUMPLIDA A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES QUE REGULARON EL VÍNCULO	9
5. TRÁMITE	10
6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	10
6.1 PARTE DEMANDANTE	10
6.1.1 LO QUE SE DEBATE.....	10
6.1.2 DE LOS ARGUMENTOS PARA DECLARAR LA ILEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES SANCIONATORIAS CONTRACTUALES	12
6.2 PARTE DEMANDADA.....	15
7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO	15
8. CONSIDERACIONES	15
8.1 TESIS DE LAS PARTES.....	16
8.2 PROBLEMA JURÍDICO.....	16
8.3 PRIMER CARGO: VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.....	16



8.3.1 AUDIENCIA SIN FACULTADES POR PARTE DEL SEÑOR NEIL LOZANO	16
8.4 CASO CONCRETO.....	20
8.5 CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD	20
8.6 CONDENA EN COSTAS.....	20
8.7 COPIAS Y ARCHIVO.....	20
9. DECISIÓN.....	20

1. ANTECEDENTES

Agotadas las etapas del proceso declarativo ordinario pasa a proferirse sentencia dentro del presente proceso.

2. PARTES

Son partes del proceso las siguientes:

A.	Demandante	Identificación
1	Sociedad ZIDCAR S.A.S.	Nit. 900.130.208-1
B.	Demandada	Identificación
1	Jardín Botánico de Bogotá "José Celestino Mutis"	Nit. 860.030.197-0
C.	Ministerio Público	
1	Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá	

3. LA DEMANDA

Los elementos esenciales de la demanda se resumen a continuación

3.1 HECHOS RELEVANTES

Los hechos se resumen cronológicamente:

3.1.1 ACERCA DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El 19 de junio de 2018 se suscribió entre la sociedad ZIDCAR S.A.S. y el JARDÍN BOTÁNICO DE BOGOTÁ "JOSÉ CELESTINO MUTIS" un contrato de servicios de transporte a ejecutar con los vehículos que menciona la ficha técnica del pliego de condiciones del proceso de licitación estatal LP-003 de 2018.

El Numeral 38 de la Cláusula Cuarta del Contrato 707 de 2018 prevé lo siguiente:

"(...) El número de vehículos podrá aumentar o disminuir de acuerdo con las necesidades de la entidad; en el evento de requerirse más vehículos el contratista deberá tener la capacidad de atender el requerimiento del jardín botánico con cargo al contrato. La necesidad será informada por parte de la supervisión al contratista al menos con 15 días hábiles de anterioridad. (...)"



Desde el primer día de operación, la contratante nunca programó con antelación ni claridad los vehículos que necesitaría para su operación, lo cual conllevó a la inestabilidad laboral y operacional del contratista en la ejecución del contrato, ya que todo el tiempo fluctuó entre 1 y 30 vehículos, pero nunca un número fijo, perjudicando con ello la estabilidad operativa del contratista y por ende la económica.

3.1.2 ACERCA DEL PROCESO SANCIONATORIO

La demandada inicia proceso por presunto incumplimiento contractual en contra de ZIDCAR S.A.S. las audiencias presididas por el doctor NEIL LOZANO, funcionario de la contratante, quien nunca demostró tener facultades para presidir dichas audiencias, incurriendo así en violación flagrante al debido proceso, quedando así sin garantías procesales el contratista.

Además de esta irregularidad, este funcionario procede a celebrar audiencias sin la presencia del garante, que correspondía a la Aseguradora Solidaria de Colombia.

La contratista presentó oportunamente descargos, demostrando claramente el cumplimiento total de las obligaciones contractuales y manifiesta las irregularidades en su ejecución por parte de la ahora demandada.

La demandada omite el análisis de fondo de la argumentación expuesta por el contratista y falla en su contra, condenándole al pago de una sanción por valor de \$14.930.179

La decisión es recurrida argumentando de fondo la falta de análisis del material probatorio y descargos presentados, la violación flagrante al debido proceso al adelantar las audiencias con ausencia de la aseguradora e indebida celebración de audiencias dentro del procedimiento administrativo.

La contratante, a solicitud del contratista y al evidenciar sus errores procesales, llama a la aseguradora para notificarle la Resolución 449 del 27 de noviembre de 2018.

La aseguradora, al conocer el fallo, interpone recurso de reposición contra este.

El 16 de enero de 2019 se notifica la Resolución 004 del 14 de enero de 2019, contra la cual no procede recurso.

El 25 de enero de 2018 la contratante descuenta del pago mensual de la contratista por la ejecución del contrato, el valor de la sanción correspondiente a \$14.930.179.

El 1 de febrero de 2019 la contratante realiza la cuarta adición al Contrato JBB-707 de 2018 por valor de \$18.218.000.

3.2 PRETENSIONES

Las pretensiones han sido planteadas de la siguiente forma:

"1) Se declare la nulidad de la resolución 449 del 27 de noviembre de 2018 por ser absolutamente vulneradora del debido proceso.

2) Que, en consecuencia, se declare nula la resolución 004 del 14 de enero de 2019, la cual confirma la inicial.

3) Que el Jardín Botánico de Bogotá D.C. José Celestino Mutis reintegre al patrimonio de ZIDCAR S.A.S. el dinero descontado de la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor especial, correspondiente al mes de diciembre de



2018, el valor de sanción CATORCE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$14.930.179).

4) Que la entidad contratante pague a ZIDCAR S.A.S. la indexación a valor presente de los valores descontados producto de la sanción."

3.3 NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas, la parte actora invoca las siguientes:

Constitución Política : Artículos 6, 29, 121, 122
Ley 1437 de 2011
Ley 1474 de 2011 : Artículo 86
Ley 1564 de 2012 : Artículo 372

3.4 CARGOS DE NULIDAD

Los cargos de nulidad planteados por la parte actora corresponden a los siguientes:

3.4.1 PRIMER CARGO

La parte actora indica que la Resolución 449 del 27 de noviembre de 2018 debe ser anulada pues a lo largo de las actuaciones se presentaron bastantes yerros jurídicos, algunos desde la forma como se desarrollaron las audiencias, tales como la realización de audiencias sin facultades por parte del señor NEIL LOZANO, el no respeto de las garantías procesales al adelantar la audiencia sin el garante.

Estos procesos se realizan de acuerdo con la Ley 1474 de 2011, cuyo Artículo 86 dispone lo siguiente:

"(...) 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. (...)" (Subrayado y negrillas de la parte demandante)*

El debido proceso es principio de las actuaciones administrativas y las autoridades deben acatarlo.

La revisión de la actuación de la demandada evidencia varias situaciones. En principio, la audiencia fue realizada por el señor NEIL LOZANO, quien nunca presentó las circunstancias que motivaran su actuación tales como las facultades dadas por la Entidad para adelantar este tipo de proceso.

Estas no se encuentran incluidas en la Resolución 449 de 2018, yendo en contra del Literal b) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; evidenciándose además que si bien se citó al garante (Aseguradora Solidaria de Colombia) como menciona el literal a) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pero la misma no pudo presentarse a la audiencia del Literal b) del Artículo 86 de la mencionada ley, la demandada no fue preavisada y procedió a realizar la audiencia, sin contar con que la aseguradora procedería a excusarse de acuerdo con lo previsto en el Artículo 372 del Código General del Proceso, respecto de su no comparecencia para poder acompañar al contratista en su defensa como garante de la misma, por lo cual la aseguradora no pudo presentar descargos, vulnerándose así el derecho de defensa de ZIDCAR S.A.S.

3.4.2 SEGUNDO CARGO

Se evidencia la errónea interpretación del contrato por parte de la demandada, específicamente del Numeral 8 de la Cláusula 4, que según la entidad es la que da origen al incumplimiento. Se hace énfasis en lo que expresa la misma:

"(...) El número de vehículos podrá aumentar o disminuir de acuerdo con las necesidades de la entidad; en el evento de requerirse más vehículos el contratista deberá tener la capacidad de atender el requerimiento del jardín botánico con cargo al contrato. La necesidad será informada por parte de la supervisión al contratista al menos con 15 días hábiles de anterioridad (...)"

La revisión de los memorandos enviados por la entidad para iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en su contenido expresan las fechas en que fueron requeridos los automotores, ninguno con 15 días hábiles de anterioridad, por el contrario, se solicitaban en muchos casos con 1 o 2 días de anticipación,



por lo cual nunca se cumplió con dicha cláusula contractual por parte de la Entidad y en el entendido de que la entidad nunca cumplió con esta cláusula, resultando para la empresa muy difícil ejecutar el contrato con la fluctuación de flota que este realizaba, poniendo en situación de vulnerabilidad al contratista.

Debe entenderse que los automotores que exige este contratos son escasos en virtud de la reglamentación expedida por el Ministerio de Transporte contenida en el Decreto 431 de 2017 y la Resolución 0002661 del 23 de julio de 2017 que autorizan el cambio de servicio de automotores de servicio público terrestre automotor especial al servicio particular, los modelos requeridos tuvieron un plazo de realizar tal cambio hasta el 24 de julio de 2018, lo cual no tuvo en cuenta la demandada al realizar los estudios previos, pues de haberlo hecho, se habría percatado que los automotores modelo 2011 estaban saliendo del mercado de transporte especial, toda vez que la Resolución 0002661 es muy clara a que sin importar el tipo de modelo, tendrían un plazo hasta el 24 de julio de 2018, encontrándose una clara ausencia del principio de planeación por parte de la demandada.

Al no haber sido informada la necesidad por parte de la supervisión al contratista con 15 días hábiles de anterioridad, como lo indica el Contrato 707 de 2018, no se podía cumplir en instantes con toda la necesidad de la demandada, que además era demasiado fluctuante como lo evidencian los correos enviados por la entidad, y tener los automotores en quietud solo adscritos cuando los requiera el Jardín de forma repentina, generaría un costo llamado *stand by* que remite al factor disponibilidad, carácter absoluto de un fletamento y no de un servicio de transporte propiamente dicho, de tal suerte que genera costos para el contratista dándose un claro desequilibrio económico por el hecho del príncipe y no haría alusión al objeto del contrato que era la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor especial.

No puede la demandada sancionar al contratista cuando mediante programación repentina de los automotores le induce en error, poniéndolo en aprietos y vulnerando el principio de eficacia previsto en la Ley 1437 de 2011, pues con la programación tardía lo único que ha logrado el Jardín es poner obstáculos y lograr que haya retardos en toda la operación, luego lleva al contratista al pedirle una disponibilidad absoluta a un desequilibrio económico, al ponerlo en una posición de pérdida económica por la programación tardía y basado en esto pretende entablar una multa causándole un perjuicio al particular, vulnerando además el debido proceso y contrariando el Artículo Segundo de la Constitución Política:

"(...) Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (...)"

A propósito de este tipo de situaciones, en sentencia 25642 de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado se dijo:

"(...) No obstante, esa posición sería aceptable en un Estado de derecho, en el que las consecuencias perversas de la aplicación de las normas no eran tenidas en cuenta por los operadores jurídicos, lo cual no opera en el nuevo modelo político acogido por el Constituyente de 1991, en el cual la razón de ser de todo ordenamiento jurídico es la persona. Así las cosas, la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares obliga a llegar a una conclusión diferente a la que adoptó el juez de tutela de segunda instancia y más cuando la lesión que se prodiga a uno de los contratantes es desproporcionada frente al deber de respeto de los derechos que a



toda persona incumbe, de allí que el artículo 95-1 de la Carta imponga como deber de la persona "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios."

"Inclusive, desde la propia teoría del negocio jurídico se han prolijado las labores de integración e interpretación del mismo en aras de garantizar, al margen de los acuerdos expresos y el contenido del clausulado, el respeto por los derechos ajenos y las normas de orden público. Al respecto, el reconocido tratadista Álvaro Pérez Vives con sobresaliente claridad, contundencia, y emotiva estética señaló:

"De igual manera, el contrato ha dejado de ser el producto de voluntades soberanas y autónomas. La convención es tanto más respetable cuanto mejor interprete las necesidades e intereses colectivos. Si sus cláusulas son leoninas, si atropellan a la parte contractualmente débil, si sus condiciones no podrían subsistir sin constituir una injusticia por causa del cambio de la situación imperante al momento de pactarse, si ellas revelan el aprovechamiento de circunstancias en forma excesivamente onerosa para la parte que tuvo que ceder a la presión de las circunstancias, si a la obligación de una de dichas partes falta, en todo o en parte, su causa, interviene el juez y modifica o destruye el contrato. (...)" (Negritillas de la parte demandante)

Se observa que la demandada tuvo una falta grave al principio de planeación y con ella buscó el aprovechamiento económico a expensas del contratista, vulnerando además el debido proceso como principio de las actuaciones administrativas y como derecho fundamental, por lo cual deben anularse los actos demandados.

4. LA DEFENSA

La parte demandada descurre el traslado de la siguiente forma:

4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

La demandada tiene como cierto lo relativo al trámite del proceso en cuanto a sus etapas, acto definitivo y resolución del recurso interpuesto.

En cuanto a los hechos, precisa la parte actora que no es cierto lo afirmado en la demanda, pues el término de 15 días a que se refiere, es aplicable siempre y cuando las necesidades del servicio así lo exijan, es decir, que el servicio supere el número mínimo de vehículos que el contratista debe tener a disposición de la entidad, que es de 52 automotores. El pliego definitivo que orientó el vínculo contractual entre las partes de este proceso, establece en el Numeral 38 de las obligaciones específicas del contratista lo siguiente:

"El número de vehículos podrá aumentar o disminuir de acuerdo con las necesidades de la entidad; en el evento de requerirse más vehículos, el contratista deberá tener la capacidad de atender el requerimiento del Jardín Botánico con cargo al contrato. La necesidad será informada por parte del supervisor al contratista al menos con 15 días hábiles de anterioridad."

En gracia de discusión, durante la actuación administrativa, la demandante no logró acreditar que los servicios programados para los días 4, 6 y 12 de julio de 2018 (servicios incumplidos), superaban el mínimo de vehículos que debe tener a disposición. Por consiguiente, el deber de la contratante de solicitarlos con 15 días de anticipación.



Se aclara que el Acuerdo 39 de 1992 crea al Jardín Botánico "José Celestino Mutis" como establecimiento público del sector descentralizado del Distrito Capital, con personería jurídica y patrimonio propio. En concordancia con el Decreto 040 de 1993, en el que se precisa la naturaleza jurídica de la entidad. En consecuencia, todas las actuaciones promovidas por el establecimiento se hacen por conducto de sus servidores públicos. En su momento, la titular de la Oficina Asesora Jurídica (Dra. NATALIA ALVIS RODRÍGUEZ) actuó con fundamento en la resolución de Delegación 001 del 12 de enero de 2017 y demás normas concordantes de la Ley 1474 de 2011.

No es cierto que no se citara a la aseguradora, pues de acuerdo con lo establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Oficina Asesora Jurídica mediante los oficios 2018EE4253 y 2018EE4255 del 29 de noviembre de 2018 citó a los representantes legales de la contratista y de la aseguradora a fin de continuar con la audiencia el 4 de diciembre de 2018 a las 10:00 a.m. Los oficios fueron recibidos por los interesados.

Debe tenerse en cuenta que los contratos estatales están compuestos no solamente por la literalidad del documento contractual, sino también de los documentos precontractuales, tales como el pliego de condiciones y demás que se expongan durante dicha etapa. En tal sentido, el contratista incumplido, no puede amparar su incumplimiento en un supuesto error que data desde la elaboración de los estudios previos, pese a que en la etapa precontractual no se hizo alguna observación sobre el particular.

4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La demandada se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

4.3 EXCEPCIONES

Como excepciones fueron planteadas las siguientes:

4.3.1 INEXISTENCIA DE CAUSALES DE NULIDAD

El Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece la procedencia de la nulidad de los actos administrativos cuando han 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 de defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

En este caso, se tiene que aun cuando la parte demandante no expresa cuáles son las presuntas causales de nulidad de los actos demandados, expone en su escrito dos cargos a saber:

"Primer cargo: violación de la ley 1474 de 2011 por no cuantificar los perjuicios, porque un contratista presidió la audiencia y porque a pesar que si cito a la garante, esta no asistió.

Segundo cargo: Indebida interpretación de la cláusula contractual presuntamente incumplida. Alega que el jardín no tuvo en cuenta una situación del mintrasnporte en los estudios previos, pero el como contratista dio pie a ese error, que hubiera podido observar en la etapa precontractual." (Sic)

En este caso no se evidencia una violación de la ley teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. La cuantificación de los perjuicios se estableció en la suma de \$14.930.173



- b. Que el titular de la Oficina Asesora Jurídica actuó con fundamento en la Resolución de Delegación 001 del 12 de enero de 2017 y demás normas concordantes de la Ley 1474 de 2011.
- c. De acuerdo con lo previsto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Oficina Asesora Jurídica mediante los oficios 2018EE4253 y 2018EE4255 del 29 de noviembre de 2018 citó al representante legal de la contratista y a la aseguradora, con el fin de que el 4 de diciembre de 2018 a las 10:00 a.m. se continuara con la audiencia establecida en el mencionado artículo. Los oficios fueron recibidos por los interesados.
- d. El contratista incumplido no puede amparar su incumplimiento en un supuesto error que data desde la elaboración de los estudios previos, pues durante la etapa precontractual tuvo la oportunidad de observar lo que a bien considere y al parecer no lo hizo.

Con base en lo anterior, se concluye sin duda que no hay siquiera indicio de violación de las disposiciones invocadas en la demanda, toda vez que del simple análisis de las resoluciones demandadas y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas no se desprende conclusiones distintas a las aquí plasmadas.

4.3.2 DEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL INCUMPLIDA A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES QUE REGULAN EL VÍNCULO

El pliego definitivo que orienta el vínculo contractual establece en el Numeral 38 del Capítulo de Obligaciones Específicas del Contratista que:

"El número de vehículos podrá aumentar o disminuir de acuerdo con las necesidades de la entidad; en el evento de requerirse más vehículos, el contratista deberá tener la capacidad de atender el requerimiento del Jardín Botánico con cargo al contrato. La necesidad será informada por parte del supervisor al contratista al menos con 15 días hábiles de anterioridad."

En este caso, el incumplimiento parcial del Contrato consiste en que el 4 de julio de 2018 la demandada se vio en la obligación de cancelar las actividades programadas frente al servicio de 2 camionetas de platón, a raíz de que la contratista, en lugar de remitir las camionetas con las especificaciones requeridas, envió dos camionetas cerradas, que para dicha ocasión no cumplían con las condiciones técnicas pactadas.

Además, el 6 de julio de 2018 la demandada solicitó para el 10 de julio el servicio de 26 camionetas de platón, presentándose solamente 18, faltando entonces 8 vehículos. Así mismo, el 6 de julio de 2018 se solicitaron al contratista para el 12 de julio la prestación del servicio de 22 camionetas de platón, a lo cual se enviaron 21, quedando pendiente una. Quiere ello decir que estamos ante el incumplimiento de 3 días del Contrato 707 de 2018 por parte de la contratista.

Es palpable que la demandada jamás excedió el número de vehículos que estaban dispuestos en el pliego de condiciones y al cual accedió a participar y luego contratar la sociedad ZIDCAR S.A.S. Ello es motivo suficiente para que no fuera necesario aplicar la condicionante de los 15 días de antelación, pues dicha condición solo operaba cuando se tratara de un número superior a los 52 vehículos, lo que nunca se le solicitó. Al menos en los casos que dieron origen a la actuación administrativa sancionatoria controvertida.

En consecuencia, la demandada procedió a aplicar las cláusulas precontractuales y contractuales que regulan el Contrato 707 de 2018 y como consecuencia del proceso sancionatorio resultaron en legal forma y con respeto de los derechos fundamentales de las partes, la Resolución 449 del 27 de noviembre de 2018 confirmada por la Resolución 004 del 14 de enero de 2019.



En consecuencia, deben denegarse las pretensiones de la demanda.

5. TRÁMITE

Las principales actuaciones dentro del proceso se surtieron de la siguiente forma:

Actuación	Fecha
Inadmisión de la demanda	2019/08/08
Admisión de la demanda	2018/08/29
Audiencia inicial	2021/01/27
Audiencia de pruebas	2021/08/11
Al Despacho para fallo	2018/08/31

Se produjo la suspensión de términos judiciales de la siguiente forma durante el año 2020:

Acuerdo	Fecha	Desde	Hasta
PCSJA20-11517 Consejo Superior de la Judicatura	15/03/2020	16/03/2020	20/03/2020
PCSJA20-11518 Consejo Superior de la Judicatura	16/03/2020	16/03/2020	20/03/2020
PCSJA20-11521 Consejo Superior de la Judicatura	19/03/2020	21/03/2020	03/04/2020
PCSJA20-11526 Consejo Superior de la Judicatura	22/03/2020	04/04/2020	12/04/2020
PCSJA20-11532 Consejo Superior de la Judicatura	11/04/2020	13/04/2020	26/04/2020
PCSJA20-11546 Consejo Superior de la Judicatura	25/04/2020	27/04/2020	10/05/2020
PCSJA20-11549 Consejo Superior de la Judicatura	04/05/2020	11/05/2020	24/05/2020
PCSJA20-11556 Consejo Superior de la Judicatura	22/05/2020	25/05/2020	08/06/2020
PCSJA20-11567 Consejo Superior de la Judicatura	05/06/2020	08/06/2020	01/07/2020

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

6.1 PARTE DEMANDANTE

Los acápites del alegato de conclusión de la sociedad demandante se resumen a continuación:

6.1.1 LO QUE SE DEBATE

Según lo planteado en la demanda y determinado en audiencia inicial, la controversia se suscitó con base en:

El Contrato de Prestación de Servicios de Transporte celebrado el 19 de junio de 2018 entre ZIDCAR S.A.S. y el Jardín Botánico de Bogotá, sometido al régimen de contratación estatal.

Mediante Oficio del 3 de septiembre de 2018 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Jardín Botánico informó y citó al señor JUAN CARLOS PARDO sobre el inicio del proceso sancionatorio contractual previsto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a celebrarse en audiencia el 7 de septiembre de 2018 a las 9:00 a.m.

Adelantado el procedimiento descrito en el punto anterior, la contratante expidió la Resolución 449 por medio de la cual declaró el incumplimiento parcial del Contrato 7070 de



2018, por parte de la sociedad ZIDCAR S.A.S., e impuso una multa equivalente a \$14.760.139.

Pese a que esta resolución determinó en su Artículo Tercero declarar el siniestro de incumplimiento y afectar la póliza 360-47-994000018458 expedida por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, lo cierto es que el pago allí establecido se efectuó el 25 de enero de 2018, cuando la demandada descontó el valor de la sanción del pago mensual a la demandante por la ejecución del servicio.

La decisión fue confirmada mediante la Resolución 004 de 2018, al resolverse el recurso de reposición.

Los argumentos para declarar el incumplimiento parcial e imponer la multa en dicha cuantía tuvieron su origen en el informe presentado por la Subdirección de Supervisión Técnica y Operativa, Educativa, Cultural y Científica del Jardín Botánico.

Entonces, la contratante edifica el incumplimiento en este informe y del cual determinó dentro del proceso sancionatorio el presunto incumplimiento por:

- El 4 de julio de 2018 se cumplió con la cantidad de camionetas requeridas, más estas no contaban con las especificaciones técnicas, teniéndose que cancelar dos camionetas por este defecto.
- El 6 de julio se realizó programación semanal solicitando inicialmente 26 camionetas para el 10 de julio de 2018, de las cuales el contratista puso a disposición 18 camionetas.
- Se dio alcance al CORDIS del 6 de julio de 2018, en el que se solicitó además para el 12 de julio de 2018 un total de 25 camionetas inicialmente, solicitud que se cambió el 11 de julio de 2018, confirmándose para el 12 de julio de 2018 un total de 23 camionetas, de las cuales el contratista presentó 22.

En los actos de sanción se consigna que según el Numeral 4 de la Cláusula 4 del Contrato, el contratista se obligó a:

"4. Cumplir estrictamente los horarios asignados por el supervisor(es) del contrato, por lo cual cuando se haya requerido el servicio el vehículo deberá estar disponible en el lugar asignado con 10 minutos de antelación a la hora fijada. Cuando se presente incumplimiento de horario asignado en más de 5 ocasiones durante un mes de prestación del servicio o más de diez (10) veces en un término de tres (3) meses, habrá lugar a la imposición de multas acorde al porcentaje indicado en el Pliego de Condiciones, previo cumplimiento del debido proceso".

Adicionalmente, según el Literal B ítem 38 se indicó:

"38. El número de vehículos podrá aumentar o disminuir de acuerdo con las necesidades de la entidad; en el evento de requerirse más vehículos, el contratista deberá tener la capacidad de atender el requerimiento del Jardín Botánico con cargo al contrato. La necesidad será informada por parte de la supervisión al contratista al menos con 15 días hábiles de anterioridad".

Señala también la contratante que el contratista se obligó en los términos de los pliegos de condiciones 9.2.2 OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA a:

"6. Mantener los vehículos y personal propuesto en la oferta técnica durante el desarrollo del contrato; en caso de cambiar algún vehículo o conductor, se debe allegar toda la documentación del vehículo y personal que lo reemplazará; los cuales deberán ser avalados por el supervisor del contrato."



Con respecto a los argumentos de la contratista, la Resolución 449 señala que los 15 días de antelación que bajo el análisis del contratista se deben tener en cuenta por parte de la demandada para solicitar el servicio, es menester precisar que dicho término es aplicable siempre y cuando las necesidades del servicio así lo exijan, es decir, que el servicio supere el número mínimo de vehículos que el contratista debe tener a disposición (52 automotores). Al respecto el Numeral 38 Obligaciones Específicas del Contratista, Pliego Definitivo de Condiciones, advierte:

"38. El número de vehículos podrá aumentar o disminuir de acuerdo con las necesidades de la entidad; en el evento de requerirse más vehículos, el contratista deberá tener la capacidad de atender el requerimiento del Jardín Botánico con cargo al contrato. La necesidad será informada por parte de la supervisión al contratista al menos con 15 días hábiles de anterioridad."

6.1.2 DE LOS ARGUMENTOS PARA DECLARAR LA ILEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES SANCIONATORIAS CONTRACTUALES

SOBRE EL PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA EN CONTRATOS ESTATALES.

El Consejo de Estado¹ ha sostenido de tiempo atrás que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que de él emanan de forma íntegra, efectiva y oportuna², de suerte que su incumplimiento por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que solo admite exoneración por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato).

El contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda"³, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.

En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales, cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, expediente 21315, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

² Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, sentencia de 3 de julio de 1963: "La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido".

³ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, expediente 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago⁴.

De tal suerte, la carga de la prueba⁵ pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos⁶ tiene una doble dimensión⁷.

"Tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada."

Es claro que la contratante no podía entonces proceder a la declaratoria de incumplimiento contractual ni a la imposición de multas, por cuanto fue el mismo incumplimiento del contrato por parte suyo al que alteró o transformó la prestación del servicio por parte de la contratista.

Tal como se advierte de los documentos anexos (programación de servicios de transporte) y se reconoce en las resoluciones por medio de las cuales se declaró el incumplimiento, la demandada nunca cumplió con la comunicación previa de 15 días a la prestación de los servicios de transporte exigidos al contratista.

Las resoluciones reconocen que los servicios de transporte presuntamente omitidos por el contratista se solicitaron así:

Fecha de la solicitud	Cantidad de camionetas exigida	Cambio	Puestas a disposición por el contratista
2018/07/04	24		22
2018/07/06	26		18
2018/07/06	25	Cambio el 11 de julio a 23 camionetas	22

Se aprecia entonces que la contratante siempre mostró una falta de planeación, no contractual, sino logística en la identificación del número de camionetas que mes a mes necesitaba y requería, a fin de exigir al contratista con los 15 días de antelación la prestación del servicio.

⁴ Ibídem

⁵ Ibídem

⁶ Artículo 1498 del C.C.: "El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez..."

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente. No. 14937, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.



El Numeral 38 de las obligaciones del contratista está supeditado a esa condición específica del preaviso por parte de la contratante como se lee:

"38. El número de vehículos podrá aumentar o disminuir de acuerdo con las necesidades de la entidad; en el evento de requerirse más vehículos, el contratista deberá tener la capacidad de atender el requerimiento del Jardín Botánico con cargo al contrato. La necesidad será informada por parte de la supervisión al contratista al menos con 15 días hábiles de anterioridad."

Ahora bien, la interpretación hecha por la demandada y con la que pretende exonerarse de la responsabilidad por la alteración de las condiciones normales en la prestación del servicio es equivocada.

No puede la demandada pretender que la cantidad mínima de vehículos a los que se obligó el contratista a poner a disposición sean los 52 vehículos y que bajo esa interpretación, que dicho sea de paso no efectuó cuando se presentó la controversia, pese a ostentar dicha facultad exorbitante, pretenda desconocer el objeto del contrato y exigir o reconocer que una cantidad desbordaría el objeto del contrato.

Es decir que en ningún aparte del contrato ni de los estudios previos se planteó la posibilidad de que el contratista tuviera o debiera asumir la prestación del servicio con un número mayor a 52 vehículos, esa cantidad puede incluso determinar el valor en una relación contractual, por lo que exigir una cantidad adicional por encima de lo pactado implica desconocer las condiciones y cláusulas mismas del contrato, el objeto en sí y las obligaciones de una de las partes, y en suma el principio pacta sunt servanda.

La interpretación correcta en este caso es que al contratante debe exigírsele como mínimo una correcta planeación de sus labores y una planeación de sus actividades que va a implicar hacer uso de esos equipos de transporte, porque es claro que la sociedad de transporte ostentaba una relación contractual adicional con los conductores o propietarios de los vehículos a usarse para el cumplimiento de la relación contractual.

De otra forma, el precio del contrato se basaría en la disposición permanente de los equipos de transporte y el pago total de la jornada sobre los 52 automotores contratados y no como quedó estipulada, por horas y con base en tiempos debidamente prestados.

Como puede verse en el tercer requerimiento hecho por la demandada, aquel modificó la cantidad de vehículos solicitados el día anterior a lo planeado, el 11 de julio de 2018, cambió la necesidad informada a la contratista, pasando de 25 camionetas a 23, hecho que obviamente generó trastorno en la logística y prestación del servicio del contratista.

Es claro entonces que el Jardín Botánico no cumplió con sus obligaciones puntuales, a las que incluso supeditó las del contratista, como era la correcta planeación del desarrollo del contrato y de su logística interna que facilitara o hiciera segura la ejecución del contrato de prestación de servicios de transporte.

Tampoco, como se dijo, la interpretación de las cláusulas contractuales a fin de resolver cualquier ambigüedad que como en este caso generó los traumatismos evidenciados.

Es por lo anterior que, con base en el incumplimiento parcial propio, la contratante no podía adelantar el proceso sancionatorio.

De otro lado, en lo que tiene que ver con la cuantificación de la multa, es claro que esta resultó equivocada. Dispone la cláusula lo siguiente:



"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.- MULTAS.- En caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, EL JARDÍN BOTÁNICO JOSÉ CELESTINO MUTIS impondrá multas sucesivas diarias equivalentes al uno por ciento (1%) del valor total del contrato por cada día de mora, para cuya imposición se dará cumplimiento al debido proceso en cumplimiento a los establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y se harán efectivas mediante acto administrativo debidamente motivado. Las multas serán descontadas directamente del saldo a favor del CONTRATISTA si lo hubiere y en caso de no pago, serán imputables a la garantía única constituida por el CONTRATISTA, acorde con lo previsto en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

PARÁGRAFO PRIMERO.- Igualmente, habrá lugar a la imposición de multas sucesivas, cuando el CONTRATISTA incumpla con el pago de los aportes parafiscales y contribuciones al sistema de seguridad social integral, previa certificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora."

Ahora bien, la demandada tomó cada incumplimiento u omisión en la puesta a disposición de un equipo de transporte como un incumplimiento individual, cuando lo cierto es que este hecho apenas generaría el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

"4. Cumplir estrictamente los horarios asignados por el supervisor(es) del contrato, por lo cual cuando se haya requerido el servicio el vehículo deberá estar disponible en el lugar asignado con 10 minutos de antelación a la hora fijada. Cuando se presente incumplimiento de horario asignado en más de 5 ocasiones durante un mes de prestación del servicio o más de diez (10) veces en un término de tres (3) meses, habrá lugar a la imposición de multas acorde al porcentaje indicado en el Pliego de Condiciones, previo cumplimiento del debido proceso."

Ítem en el que incluso prevé la tasación de las multas. Por esta razón, en gracia de discusión solo se puede hablar de un incumplimiento, demostrándose que la tasación de la multa se efectuó de forma equivocada.

Por lo anterior, en el presente caso la demandada está incurso en incumplimiento de sus obligaciones contractuales y por ello bajo el principio de pacta sunt servanda no podía declarar el incumplimiento del contrato a cargo del contratista e imponer la multa del caso, toda vez que dichas resoluciones se encuentran afectadas de falsa motivación y por ende debe accederse a las pretensiones de la demanda.

6.2 PARTE DEMANDADA

La parte demandada se abstuvo de alegar de conclusión.

7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto en el presente caso.

8. CONSIDERACIONES

Pasa a resolverse el problema jurídico y a emitirse pronunciamiento de fondo acerca de las pretensiones de la demanda.



8.1 TESIS DE LAS PARTES

La sociedad demandante considera que el acto mediante el cual le fuera impuesta una multa por incumplimiento parcial de un contrato y el acto que la confirma (Resolución 449 del 27 de noviembre de 2018 y Resolución 004 del 14 de enero de 2019 respectivamente), están incurso en causales de nulidad al producirse la violación del derecho al debido proceso, la falta de competencia del funcionario que expide los actos demandados y la inexistencia de incumplimiento contractual. Igualmente indica que no está conforme con la forma en que fue tasado el monto de la sanción.

La autoridad accionada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda indicando que no se configura alguna de las causales de nulidad invocadas ante la ausencia de fundamento fáctico, así como tampoco se produce el incumplimiento de la demandada a las obligaciones contractuales, a diferencia de lo ocurrido con la contratista, quien no suministró los vehículos de la forma pactada en 3 oportunidades.

8.2 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si se configuran las causales de nulidad propuestas por la sociedad demandante contra el acto mediante el cual se le impuso una sanción y su confirmación.

Cada y uno de estos cargos se analizará a continuación:

8.3 PRIMER CARGO: VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Indica la parte actora que la Resolución 449 de 2018 debe ser anulada por las siguientes razones:

8.3.1 AUDIENCIA SIN FACULTADES POR PARTE DEL SEÑOR NEIL LOZANO

Obra en el expediente copia de la Resolución 244 del 26 de julio de 2018, por medio de la cual la Directora del Jardín Botánico de Bogotá realiza un nombramiento ordinario, en cuanto a la doctora NATALIA ALVIS RODRÍGUEZ para desempeñar sus funciones en la Oficina Jurídica del Jardín Botánico de Bogotá como Jefe de Oficina Asesora, Código 115, Grado 05 desde el 1 de agosto de 2018.

Además, mediante la Resolución 001 del 12 de enero de 2017, la Directora de la demandada delegó en la Oficina Asesora Jurídica del Jardín Botánico de Bogotá la facultad para adelantar y llevar hasta su terminación el proceso sancionatorio establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Se observa que el Oficio 2018EE2963 dirigido al representante legal de la demandante y mediante el cual se le cita a audiencia en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, aparece suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

Seguidamente, obra "Comisión Diligencias de Trámite" fechada el 7 de septiembre de 2018 y en la cual se indica lo siguiente:

*"Por tratarse de asuntos de trámite e impulso procesal, se **comisiona** a Neil Lozano Falla, profesional de apoyo de la Oficina Asesora Jurídica, con el fin de que recepcione los descargos que pueda presentar la sociedad ZIDCAR SAS y la compañía de seguros ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en relación con el informe del presunto incumplimiento del contrato 707 de 2018, **comisión** que por ningún motivo autoriza a emitir decisiones de fondo sobre los mismos.*



*De igual manera, se **comisiona** al profesional del derecho Neil Lozano para que efectúe dentro de las audiencias establecidas en el artículo 86 de 1974 (sic) de 2011, para que notifique en estrados las decisiones que prefiera este despacho, advirtiendo los recursos a interponer si fuere el caso.” (Subrayado y Negrillas del Despacho)*

En el Acta de Audiencia del 7 de septiembre de 2018 se registra lo siguiente:

*“En Bogotá D.C., el 7 de septiembre de 2018 a las 9.30 a.m., en las instalaciones del Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis, se procede a dar inicio a la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 precediéndola para el efecto, el profesional de apoyo Neil A. Lozano Falla, quién fue **delegado** por la doctora Natalia Alvis Rodríguez, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, toda vez que por razones de compromisos institucionales sobrevivientes, no le fue posible asistir. Sesión que corresponde a una actuación administrativa de trámite, en la cual no se adopta ninguna decisión jurídica de fondo, y por el contrario sólo se procede a recibir los descargos presentados en relación con el informe del presunto incumplimiento del contrato 707 de 2018...” (Subrayado y negrillas del Despacho)*

Procede entonces determinar si la figura de la comisión puede emplearse para el ejercicio de funciones y competencias que han sido delegadas.

El Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 prevé en su literal a) que la entidad citará al contratista a audiencia para debatir lo ocurrido.

El literal b) indica que en desarrollo de la audiencia el jefe de la entidad o su delegado, presenta las circunstancias de hecho.

En este caso, se tiene que la jefe de la entidad delegó en la Oficina Asesora Jurídica la competencia para la realización del trámite de imposición de multa al contratista ZIDCAR SAS.

Se entendería que esta función ha sido delegada a la Jefe de la Oficina.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 489 de 1998 que sobre la delegación de funciones prevé lo siguiente:

“Artículo 9º. Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en



la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

Artículo 10. Requisitos de la delegación. *En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.*

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

Artículo 11. Funciones que no se pueden delegar. *Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:*

- 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.*
- 2. **Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.** (Subrayado y negrilla del Despacho)*
- 3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.*

Artículo 12. Régimen de los actos del delegatario. *Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.*

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo. En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal. (Subrayado del Despacho)

Se observa entonces que de conformidad con lo previsto en el Numeral 2 del Artículo 11 no pueden ser delegadas las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.

Sin embargo, en este caso hubo un escrito mediante el cual se comisionó la realización de la audiencia, pese a que la norma contenida en el Artículo 86 es clara en cuanto a que corresponde su desarrollo al jefe de la entidad o a su delegado.

No se trata de un simple acto de ejecución para el cual pueda comisionarse a una autoridad de menor jerarquía o situada en otra sede territorial, sino que por el contrario, se trata de una competencia que ha sido asignada específicamente al jefe de la entidad o su delegado. Al no ser una competencia susceptible de delegación de conformidad con lo señalado en el Numeral 2 del Artículo 11 de la Ley 489 de 1998, no puede reconocerse la competencia del abogado NEIL LOZANO, para asumir por comisión la competencia que fuera delegada en la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la demandada. En este caso el acto de comisión se



hizo como de cúmplase y no tiene la forma propia de los actos administrativos, figura indispensable para surtir una delegación.

Pese a que en el acta de audiencia se anuncia como delegado, no se aporta al expediente un acto administrativo de delegación expedido por la titular originaria de la competencia, la jefe de la entidad, en el mencionado abogado, cuyo cargo no se precisa.

La presencia del representante legal de la entidad resulta relevante en tanto el literal c) de la norma en cita prevé lo siguiente:

"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;" (Subrayado del Despacho)

De la lectura de esta norma se entiende que no se trata de una simple audiencia para escuchar en descargos al contratista, sino que surtido su objeto en la misma debe resolverse sobre la imposición de multa o sanción, pues el acto debe notificarse en la misma y debe darse la oportunidad de interponer recursos, en este caso el de reposición pues en tratándose del jefe de la entidad, no habría superior ante el cual surtir la alzada en recurso de apelación.

En consecuencia, la audiencia necesariamente debe desarrollarse en presencia del funcionario con poder decisorio dentro de la entidad, en el sentido de que tenga la competencia para proferir el acto administrativo mediante el cual se resuelva sobre la imposición de la sanción o multa, así como competente para resolver el recurso de reposición en caso de que la decisión sea recurrida, siendo el caso destacar que en el presente caso, en el acto de comisión se dijo específicamente que el comisionado no podría tomar alguna decisión de carácter jurídico.

La conclusión a la que llega el Despacho es que en el presente caso se desconoció el trámite previsto por la Ley 1474 de 2011, en tanto la audiencia de la que trata el Artículo 86 se surtió sin la presencia del funcionario que según el literal b) es el competente, definido este por la norma como el jefe de la entidad o su delegado.

Al no ser posible la comisión ni ser se precedente la delegación por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica en tanto ella había recibido la competencia en función de una delegación, se tiene que prospera el cargo de nulidad planteado por la sociedad accionante.

Se habría vulnerado el derecho al debido proceso de la sociedad contratista en el sentido de que no se tuvo en cuenta el procedimiento previsto en la norma invocada como vulnerada al haberse surtido la actuación por un funcionario sin competencia, sin que se haya precisado si el comisionado es empleado de la entidad o un contratista.

En la Resolución 449 del 27 de noviembre de 2018 indica que se notifica en estrado, informándose que el recurso de reposición se sustentará y decidirá en la audiencia.

En el presente caso los descargos del contratista habrían sido recibidos por un funcionario diferente de aquel que la norma prevé como competente para presidir la audiencia establecida para el efecto, pues en el acta se anotó que la apoderada de la sociedad contratista manifestó su inconformismo en relación con el informe de incumplimiento, dejándose la constancia de la existencia de la grabación.



Culminada la intervención se suspendió la audiencia y se indicó que dentro de los tres días siguientes el contratista podía presentar sus descargos por escrito. No se cita la norma procedimental que permite tal posibilidad.

8.4 CASO CONCRETO

Se resuelve el caso concreto en el sentido de tener por probado el cargo de nulidad planteado por la parte actora, en cuanto a la violación del derecho al debido proceso, toda vez que surtieron audiencias si la presencia de funcionario competente para el efecto, lo que configura la expedición regular del acto administrativo.

En efecto, la confrontación del material probatorio allegado al expediente con las disposiciones que regulan el trámite de la imposición de la multa, evidencian que el procedimiento no fue seguido por la autoridad accionada, pues adelantó la audiencia por un funcionario sin competencia, se procede a la suspensión fijando un término de 3 días para la presentación de los descargos por escrito, pese a que la norma señala que ello debe surtir en audiencia.

8.5 CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

Al declararse la nulidad del acto definitivo en virtud del cual se impuso la sanción, se ordenará a la autoridad accionada reintegrar la suma descontada al contratista por dicho concepto, suma que será actualizada teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor entre la época en que debió efectuarse el pago y la fecha efectiva de cancelación de la suma indicada.

8.6 CONDENAS EN COSTAS

Conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se condenará en costas a la parte demandada y se liquidarán por la Secretaría.

8.7 COPIAS Y ARCHIVO

Ejecutoriada esta providencia, se enviará el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta (60) 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 449 del 27 de noviembre de 2018 y su confirmatoria Resolución 004 del 14 de enero de 2019, proferidas por el Jardín Botánico de Bogotá "José Celestino Mutis".

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordena al Jardín Botánico de Bogotá "José Celestino Mutis", reintegrar al contratista la suma descontada por concepto de la sanción impuesta en la Resolución 449 del 27 de noviembre de 2018.



La suma será indexada aplicando la variación del índice de precios al consumidor entre la fecha en que debió efectuarse el pago y la fecha de la efectiva cancelación de la obligación.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandada.

TERCERO: Para efecto de notificaciones, términos y comunicaciones, dese aplicación a lo previsto en los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

CUARTO: Se recuerda a las partes que para dar trámite a la recepción de memoriales y de correspondencia, es indispensable seguir las siguientes indicaciones⁸:

1. Enviar la solicitud a la UNICA DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO AUTORIZADA PARA RECEPCIÓN DE MEMORIALES: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
2. Incluir los siguientes datos:
 - Juzgado al que se dirige el memorial
 - Número completo de radicación (23 dígitos)
 - Nombres completos de las partes del proceso
 - Asunto del memorial (Oficio, demanda, contestación, recurso, etc.)
 - Documento anexo (máximo 5000 kb). Si el anexo supera este tamaño, deberá incluirse el enlace compartió del drive del usuario, lo cual queda sometido a su responsabilidad. Formato PDF – OCR.
3. El incumplimiento de estos requisitos implicará la devolución del correo al iniciador del mensaje y no se le impartirá trámite.

QUINTO: Para el examen físico del expediente se podrá solicitar cita a través de la dirección de correo electrónico jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co, previa justificación de las razones para el efecto y autorización del titular del mismo, en los términos del aviso que se incluirá con el mensaje de datos mediante el cual se notifique esta providencia. Se atenderán las disposiciones vigentes en materia de aforo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEJANDRO BONILLA ALDANA
Juez

Firmado Por:

Alejandro Bonilla Aldana
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
60
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

⁸ Requerimientos para recepción de memoriales y correspondencia de la Oficina de Apoyo – Juzgados Administrativos de Bogotá D.C. – Sede Judicial AYDEE ANZOLA LINARES - CAN



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

Código de verificación:

a10284e855c390e72d8ac724416eb24aa3b2b16302981c7924f5cee2db4e6a4a

Documento generado en 31/01/2022 06:26:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>