

CONTRATACIÓN ESTATAL – AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS – Ejercicio del derecho de petición – Artículo 13 de la ley 1437 de 2011 – Peticiones reiterativas – Peticiones resueltas – Artículo 19 del CPACA – Remisión a respuestas anteriores

La Sala pone de presente que, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, toda actuación que inicie una persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición, como es, en el presente caso, las recusaciones que fueron formuladas. En ese sentido, en los términos del artículo 19 del CPACA, cuando esas peticiones son reiterativas y ya han sido resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores. En consecuencia, no se advierte una vulneración a las formas propias de dicha actuación administrativa o una irregularidad en el trámite impartido por la entidad demandada.

INFORME DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA – ENTIDAD ESTATAL – Citación a debate – Literal a del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

El literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que, evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública debe citarlo para debatir lo ocurrido y en esa citación debe mencionar los hechos que soportan la actuación acompañada de un informe de interventoría o supervisión.

[...] La Sala observa que el informe de presunto incumplimiento del contrato fue elaborado por los profesionales asignados al seguimiento contractual y fue dirigido al subdirector [...]. Fue este funcionario quien le solicitó a la jefe de la oficina jurídica [...] el inicio del procedimiento.

[...] Si bien, la Sala no desconoce que ese informe de presunto incumplimiento fue elaborado por un contratista de prestación de servicios, está probado que fue dirigido al supervisor del contrato quien se encargó de solicitar el inicio del procedimiento y esta irregularidad no tiene la potencialidad de viciar de nulidad los actos administrativos acusados, que pusieron fin al procedimiento administrativo.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS – NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INSTRUMENTALIDAD DE LAS FORMAS – Irregularidades jurídicamente relevantes en los actos administrativos – Carácter instrumental de las formas o de los procedimientos

En efecto, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación no toda irregularidad en el trámite de una actuación administrativa configura por sí sola una causal de nulidad, pues se requiere que dichas irregularidades sean jurídicamente relevantes, en virtud de un análisis concreto. Las irregularidades que generan la nulidad son aquellas que inciden en la decisión porque tienen la potencialidad de cambiarla o aquellas que disminuyen, cercenan o coartan el ejercicio de las garantías fundamentales de quien pueda resultar afectado con la decisión. De esta manera, en virtud del carácter instrumental de las formas o de los procedimientos -principio constitucional de instrumentalidad de las formas, que da prevalencia a lo sustancial (art. 228 CP)- las irregularidades formales deben examinarse no por un valor intrínseco, como si se tratara de ritos, sino por el efecto concreto que acarrea dicha irregularidad.

En otras palabras, la valoración de las irregularidades en el procedimiento debe juzgarse en función de la finalidad con la que fue concebida la forma y del impacto concreto que tuvo la irregularidad. Tal método conduce a clasificar los vicios de forma en aquellos sustanciales o con consecuencias reprochables y aquellos insustanciales o que no tienen la entidad suficiente para provocar la nulidad.

Así las cosas, el quebranto de las formas propias del respectivo trámite no conduce, per se, a la nulidad del acto y será un deber del juez analizar el contexto de ocurrencia del vicio y su impacto concreto.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 28 de abril de 2025

Radicación: 25000-23-36-000-2021-00071-01 (71268)
Demandante: Fundación Forja
Demandado: Distrito Capital de Bogotá – Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público
Referencia: Controversias contractuales

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Nulidad de los actos administrativos post contractuales – falta de competencia.

Síntesis del caso: La demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad declaró el incumplimiento del contrato e hizo efectiva la cláusula penal.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia de 8 de febrero de 2024, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda¹.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia de primera instancia – 1.4. Recurso de apelación

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 22 de febrero de 2021, la Fundación Forja (en adelante, la Fundación) presentó una **demanda**², en ejercicio del medio de control de **controversias**

¹ El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del CPACA.

² De conformidad con el documento de la subsanación de la demanda. Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo "35RECIBEMEMORIALES_SUBSANA_10SUBSANACIONDELADEMANDACONMEDIDACUATELARDECARCATERP ATRIMONIAL".

Radicación: 25000-23-36-000-2021-00071-01 (71268)
Demandante: Fundación Forja
Demandado: DADEP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Confirma la Sentencia

contractuales, en contra del Distrito Capital de Bogotá – Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público (en adelante, el DADEP), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No 426 del veinticuatro (24) de octubre de 2019, “por medio de la cual se resuelve la actuación administrativa adelantada por el presunto incumplimiento del contrato CAMEP 110-00129-1-0-2019, suscrito con la FUNDACION FORJA” y la Resolución 453 del catorce (14) de noviembre de 2019, “por medio la cual se resuelve el recurso de reposición instaurado por la Aseguradora Seguros del Estado S.A, en contra de la Resolución 426 del 24 de octubre de 2019”, [expedidos por la demandada].

SEGUNDA: Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior se ordene que la FUNDACION FORJA no está obligada a pagar ninguna suma por concepto de “cláusula penal pecuniaria” [...] por un valor de [\$372.466,146.42], suma que ya fue pagada por lo tanto se ordene su reembolso o reintegro a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

TERCERA: Que como consecuencia de la prosperidad de la PRETENSIÓN PRIMERA declarativa se ordene que la FUNDACION FORJA., no está obligada a pagar ninguna suma por concepto de los perjuicios que exceden el valor estipulado en la “cláusula penal” [...] por un valor [\$885.572.685,34] y si esta suma ya fue pagada se ordene su reembolso o reintegro.

CUARTA: Las sumas o guarismos que sean ordenas a reembolsar [...] deberán ser actualizadas e indexadas [...].

2. La parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes:

3. 1) La Fundación celebró con el DADEP el contrato de administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del espacio público CAMEP-110-00129-1-02013 de 8 de enero de 2013 el cual fue prorrogado en 3 oportunidades y finalizó el 6 de febrero de 2019.

4. 2) Mediante el memorando interno 2019-305-000486-3 de 12 de febrero de 2019, unos contratistas dieron traslado a la jefe de la oficina jurídica del DADEP de un informe de presunto incumplimiento contractual.

5. 3) Por lo anterior, la jefe de la oficina jurídica citó a la Fundación y a la aseguradora a la audiencia de incumplimiento que tendría lugar el 7 de junio de 2019.

6. 4) La audiencia fue reprogramada en 2 oportunidades y se fijó para el 20 de junio de 2019. No obstante, el 18 de junio de 2019, la Fundación presentó una recusación en contra de la entonces directora del DADEP y la jefe de la oficina jurídica con fundamento en las causales 5 y 6 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, consistentes en *“existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor [...] y cualquiera de los interesados en la actuación”*, y *“haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor [...] antes de iniciarse la actuación administrativa”*.

7. 5) La Fundación presentó la recusación porque su apoderado, en el marco del proceso de selección PSA-MC-110-121-2019 y como apoderado de otra empresa, había presentado una recusación en contra de la directora.

8. 6) Mediante la Resolución 245 de 8 de julio de 2019, la directora del DADEP resolvió la recusación formulada en contra de la jefe de la oficina jurídica. Frente a esta resolución, la Fundación presentó una solicitud de revocatoria directa, por lo que el DADEP suspendió la realización de la audiencia.

9. 7) El DADEP resolvió la revocatoria directa a través de la Resolución 369 de 30 de septiembre de 2019, y posteriormente, el 18 de octubre del mismo año, citó nuevamente a la Fundación para llevar a cabo la audiencia de incumplimiento, el 24 de octubre de 2019.

10. 8) La Fundación solicitó la reprogramación de la audiencia porque los representantes legales no podían asistir, sin embargo, el DADEP le comunicó que no se accedía a la solicitud porque no existía una justa causa. Mediante el comunicado de 23 de octubre de 2019, la Fundación insistió en la reprogramación y formuló una recusación en contra del subdirector de administración inmobiliaria y del espacio público.

11. 9) A pesar de que las recusaciones no fueron resueltas, el 24 de octubre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de incumplimiento a la cual la Fundación no asistió porque, a su juicio, el procedimiento se encontraba suspendido por ministerio de la ley en atención a la recusación presentada. Sin embargo, la aseguradora asistió y rindió sus descargos.

12. 10) El DADEP expidió la Resolución 426 de 24 de octubre de 2019, en la cual declaró el incumplimiento del contrato, tasó los perjuicios e hizo efectiva la cláusula penal. Frente a esta decisión, la aseguradora interpuso recurso de reposición, que fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución 459 de 14 de noviembre de 2019.

13. A juicio de la demandante, los actos acusados eran nulos porque: (1) la entonces directora del DADEP era incompetente para resolver la recusación formulada en contra de la jefe de la oficina jurídica. Además, la directora tramitó la recusación de la jefe de la oficina jurídica, sin antes resolver la recusación que se había formulado en su contra, tal y como lo exigía el artículo 12 de la Ley 1437 de 2012; (2) se vulneró el debido proceso de la Fundación porque no se valoró la excusa para aplazar la audiencia de presunto de incumplimiento; (3) no se tramitó la recusación formulada en contra del subdirector de administración inmobiliaria y del espacio público, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011; (4) el informe de incumplimiento, que fue elaborado por dos contratistas de prestación de servicios, invadió las competencias de los funcionarios de la entidad, por lo que no produjo efectos; (5) existió una extralimitación en el cobro de los perjuicios; y (6) se realizó un procedimiento administrativo sancionatorio "a espaldas del contratista y que [violó] reiteradamente el derecho de defensa y audiencia".

1.2. Posición de la parte demandada

14. El DADEP **contestó la demanda**³ y se opuso a las pretensiones. Indicó que expidió los actos administrativos debidamente motivados por el incumplimiento grave y real de la Fundación. Manifestó que los argumentos sobre los cuales se planteó la recusación en contra de la directora ya habían sido resueltos por el superior jerárquico, y que era importante advertir que el contratista fue renuente y no asistió a la audiencia y que afectó en numerosas oportunidades el trámite sancionatorio, pues la audiencia fue reprogramada 5 veces y el demandante presentó 4 recusaciones sin fundamento. Por último, formuló las excepciones de "exclusión de responsabilidad del DADEP" e "*inexistencia de elementos probatorios que*

³ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo" 51_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_CONTESTACIONFORJAV".

demuestren algún tipo de ilegalidad de los actos administrativos objeto de la litis”.

1.3. Sentencia recurrida

15. El 8 de febrero de 2024, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la **Sentencia de primera instancia**⁴, en la que decidió (se transcribe):

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte actora, al pago de las agencias en derecho en la suma de veintisiete millones de pesos (\$27.000.000), a favor del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO DADEP.

TERCERO: Sin condena por concepto de costas (expensas y gastos procesales), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. [...]”.

16. El Tribunal indicó que, en el caso, la Fundación pretendía la nulidad de las resoluciones, “no a partir de argumentos tendientes a atacar el contenido de las referidas decisiones, sino a evidenciar una presunta vulneración del derecho al debido proceso del contratista”, por lo que a esto debía limitarse el análisis.

17. Sobre el primer cargo, relacionado con “la incompetencia temporal de la directora para resolver la recusación formulada en contra de Janneth Caicedo [...]”, concluyó que no prosperaba, porque en la Resolución 369 de 30 de septiembre de 2019, que no fue demandada en el proceso, se expusieron las razones por las cuales no era procedente tramitar una nueva recusación en contra de la directora, pues sus fundamentos eran idénticos a otra recusación que el apoderado de la Fundación había formulado en el proceso de selección DADEP-PSA-MC-110-121-2018, que había sido objeto de pronunciamiento por la Secretaria de Gobierno. Para ello, transcribió algunos apartes de las Resoluciones 245 de 8 de julio de 2019 y 369 de 30 de septiembre de 2019.

⁴Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “076SENTENCIA_92021071AJUSTADOFUNDACIONFORJA”.

18. Enseguida, afirmó que no existió una vulneración al debido proceso porque la audiencia fue reprogramada en múltiples oportunidades y la excusa presentada por la Fundación sí fue valorada por el DADEP, pero no fue aceptada. Además, porque no era cierto que se hubiese omitido el procedimiento previsto por el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 dentro de la recusación promovida en contra de Pedro Ramírez.

19. Frente a la invasión de competencias de los contratistas al elaborar el informe de presunto incumplimiento, puso de presente que en virtud de los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, la Entidad Estatal podía contratar personal de apoyo a través de contratos de prestación de servicios y asignarles algunas facultades.

20. Por último, argumentó que tampoco existió extralimitación en el cobro de perjuicios y que *“los argumentos de la parte actora planteados en la presente causa no contravirt[ieron] la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Entidad”*.

1.4. Recurso de apelación

21. El 4 de marzo de 2024, la parte demandante presentó un **recurso de apelación** en el que solicitó que se revocara la Sentencia y, en su lugar, se acogieran las pretensiones⁵. Para ello, desarrolló 2 argumentos:

22. Reprochó que el Tribunal concluyera que el primer cargo formulado no prosperaba, pues al revisar las consideraciones *“la sala se limitó a sinterizar los argumentos vertidos en la Resolución 369 de 30 de septiembre de 2019”*, por lo que *“no exist[ía] una subsunción por parte del despacho en donde se evidenciara por qué la exdirectora del DADEP [...] sí era competente para expedir la Resolución 245 de 8 de julio de 2019”*. Además, era claro que la exdirectora no tramitó una recusación formulada en su contra con fundamento en unas recusaciones anteriores que tenían un *“sustrato diferente”*, por lo que quedó probada la *“incompetencia temporal de [la exdirectora] para resolver la recusación [en contra de la jefe de la oficina jurídica]”*.

⁵ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “076_MemorialWeb_Recurso”.

23. Adicionalmente, sostuvo que no era suficiente citar los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 para concluir que el informe de incumplimiento elaborado por los contratistas de prestación de servicios, que además no eran los supervisores del contrato, “*sí tenía la potencia de producir efectos jurídicos*”, pues ello sería lo mismo que sostener que “*un contratista puede ejercer el derecho sancionatorio y realizar las actuaciones reservadas a los servidores públicos*”, lo que implicó una violación al debido proceso, “*puesto que el ius puniendi del estado es indelegable*”. Además “*que lo que se alegó en este cargo es [...] el informe de presunto incumplimiento fue realizado por el servidor público que ostentaba la función y la competencia para hacerlo*”. En consecuencia, los contratistas invadieron la competencia del supervisor que debía ser un servidor público.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo – 2.2. Condena en costas

2.1. Análisis sustantivo⁶

24. La Sala **confirmará** la Sentencia de primera instancia, toda vez que la parte demandante no desvirtuó la presunción de validez de los actos administrativos acusados y los reparos formulados en el recurso de apelación no están llamados a prosperar. Para ello, se referirá al cargo de nulidad relacionado con la vulneración del debido proceso porque el DADEP no tramitó una recusación interpuesta en contra de la entonces directora (a) y, a continuación, resolverá el cargo de nulidad relacionado con la “*usurpación de competencias*” por parte de quienes elaboraron el informe de incumplimiento (b). Respecto del primer cargo, se evidenciará que no existió vicio alguno en el trámite y, respecto del segundo cargo, se concluirá que, aunque sí existió una irregularidad formal, esta no tiene la entidad de provocar la nulidad de los actos administrativos.

25. (a) El **primer repara** consiste en que, para la Fundación, se vulneró el debido proceso al expedir las Resoluciones 426 –“*por medio de la cual se*

⁶La demanda se presentó dentro de los dos años siguientes a que se expidieran los actos administrativos que declararon el incumplimiento del contrato e hicieron efectiva la cláusula penal. En relación con la acción procedente y la caducidad para demandar estos actos, la Subsección ha indicado que corresponde a la de Controversias Contractuales y se debe computar desde los 2 años siguientes a su notificación. Al respecto, ver: Sentencia de 14 de septiembre de 2022, exp. 67731; Sentencia de 2 de marzo de 2022, exp. 53804; y Auto de 2 de marzo de 2020, exp. 64004.

Radicación:	25000-23-36-000-2021-00071-01 (71268)
Demandante:	Fundación Forja
Demandado:	DADEP
Referencia:	Controversias contractuales
Decisión:	Confirma la Sentencia

resuelve la actuación administrativa adelantada por el presunto incumplimiento del contrato CAMEP 110-00129-1-0-2013, suscrito con la fundación Forja”⁷ y 453 –“por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición instaurado por la Aseguradora Seguros del Estado en contra de la Resolución 426”⁸, porque la entonces directora del DADEP omitió tramitar la recusación formulada en su contra antes de proferir la Resolución 245 de 8 de julio de 2019 –“por la cual se resuelven dos recusaciones promovidas contra la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del [DADEP]”⁹–.

26. La demandante calificó tal situación como una vulneración del debido proceso. Sin embargo, de manera preliminar, esta Subsección debe aclarar que no existe una causal de nulidad denominada violación del debido proceso y, en realidad, todas las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA, se refieren a formas de violación de alguno de los componentes del derecho al debido proceso. Pese a lo anterior y en ejercicio del deber de todo juez de interpretar la demanda, esta Subsección entiende que, de acuerdo con la argumentación expuesta, el cargo de nulidad formulado corresponde a un vicio de forma o de expedición irregular y así lo examinará.

27. En primer lugar, la Sala debe advertir que la Resolución 245 de 8 de julio de 2019 no fue demandado en el proceso y se presume legal, así como también la Resolución 369 de 30 de septiembre de 2019 –“por medio de la cual se tramita la revocatoria directa de la Resolución 245 del 8 de julio de 2019”¹⁰. En ese sentido, los reproches del demandante formulados en contra de estas resoluciones no deben ser estudiados, porque su nulidad no se pretendió en la demanda.

28. En segundo lugar, la Sala coincide con el Tribunal en que el hecho de que no se le haya impartido el trámite establecido en el artículo 12 del CPACA¹¹ a la recusación formulada por la entonces directora del DADEP,

⁷ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “36RECIBEMEMORIALES_SUBSANA_ANEXOSDEMANDA”, anexo 2.

⁸ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “36RECIBEMEMORIALES_SUBSANA_ANEXOSDEMANDA”, anexo 3.

⁹ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “36RECIBEMEMORIALES_SUBSANA_ANEXOSDEMANDA”, anexo 10.

¹⁰ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “36RECIBEMEMORIALES_SUBSANA_ANEXOSDEMANDA”, anexo 11.

¹¹ ARTÍCULO 12. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador

Radicación:	25000-23-36-000-2021-00071-01 (71268)
Demandante:	Fundación Forja
Demandado:	DADEP
Referencia:	Controversias contractuales
Decisión:	Confirma la Sentencia

de acuerdo con las circunstancias del caso, no configura un vicio de forma susceptible de viciar de nulidad de los actos administrativos acusados. Lo anterior, porque como pasa a explicarse, la razón por la cual el DADEP no tramitó la recusación mencionada fue porque existía una similitud fáctica y argumentativa con otras recusaciones formuladas por el mismo apoderado que ya habían sido resueltas por la entidad y por el superior, la Secretaría de Gobierno, a través de los actos administrativos que no fueron demandados.

29. En la Resolución 369, proferida por el director encargado del DADEP, se manifestó (se transcribe):

“Días después, en el marco de otro proceso sancionatorio, iniciado por el presunto incumplimiento del contratista del contrato CAMEP No. 10-219-1-0-2013 en el marco de otro proceso sancionatorio suscrito con la Fundación Forja, el mismo recusante, apoderado para asuntos judiciales de fundación presentó otra recusación en contra de la Directora y de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica con el argumento reiterativo de existir litio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre las servidoras y ese contratista interesado, y haber formulado esta denuncia penal contra las servidoras, nuevamente se citó la denuncia penal instaurada el 2 de febrero de 2019, radicado 10195980063972 y noticia criminal 11001600050201910355, y por queja presentada ante la Personería de Bogotá.

[...]

Como se observa el fundamento fáctico de las recusaciones promovidas en contra de la directora del Departamento, en el marco de los procesos sancionatorios, es idéntico al de la recusación promovida con ocasión del proceso de selección DADEP- PSA-MC-110-121-2018, este fundamento fáctico fue objeto de pronunciamiento de fondo por parte de la Secretaría de Gobierno a favor de la directora del DADEP, en la mencionada Resolución 406 de 11 de junio de 2019.

[...]

Desde punto de vista estrictamente formal la directora se ha visto recusada por el señor Vega en varias oportunidades, sin embargo, atendiendo a la sustancialidad del asunto o a los argumentos de fondo expuestos, se trata de idéntica situación fáctica [...]. (subrayado fuera del texto)

regional en el caso de las autoridades territoriales. La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente. Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior. La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo.”

Radicación:	25000-23-36-000-2021-00071-01 (71268)
Demandante:	Fundación Forja
Demandado:	DADEP
Referencia:	Controversias contractuales
Decisión:	Confirma la Sentencia

30. Si bien la Fundación fue reiterativa e insistente en indicar que las recusaciones no tenían fundamento fáctico similar, porque se formularon en procedimientos distintos, la Sala encuentra que la entidad demandada fue clara en señalar que el fundamento fáctico idéntico se refería a la sustancialidad de los argumentos expuestos por el apoderado y no a que fueran dos procesos idénticos.

31. Adicionalmente, la Sala pone de presente que, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011¹², toda actuación que inicie una persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición, como es, en el presente caso, las recusaciones que fueron formuladas. En ese sentido, en los términos del artículo 19 del CPACA¹³, cuando esas peticiones son reiterativas y ya han sido resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores. En consecuencia, no se advierte una vulneración a las formas propias de dicha actuación administrativa o una irregularidad en el trámite impartido por la entidad demandada.

32. (b) Ahora, se estudiará el **segundo reparo** planteado en el recurso de apelación relacionado con la invasión de competencias en el procedimiento que conllevó a que "el pliego de cargos", esto es, el informe de presunto incumplimiento no produjera efectos.

33. El literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que, evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública debe citarlo para debatir lo ocurrido y en esa citación debe mencionar los hechos que soportan la actuación acompañada de un informe de interventoría o supervisión.

¹² Modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma. Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Polífrica, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos."

¹³ Modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "[...] Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles, o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, siempre que en la nueva petición se subsane".

34. La Sala observa que el informe de presunto incumplimiento del contrato fue elaborado por los profesionales asignados al seguimiento contractual¹⁴ y fue dirigido al subdirector de Administración inmobiliaria y del Espacio Público. Fue este funcionario quien le solicitó a la jefe de la oficina jurídica, el 12 de febrero de 2019, el inicio del procedimiento¹⁵ y, posteriormente, presentó las aclaraciones al informe¹⁶. Enseguida, la jefe de la oficina jurídica realizó la citación a la audiencia a la Fundación, el 29 de mayo de 2019¹⁷, allí le puso de presente: (1) la existencia de un posible incumplimiento, consistente en *“la renuencia en la entrega de las zonas dadas en administración al DADEP, una vez finalizado el plazo de ejecución contractual”*; (2) la obligación incumplida; (3) la posible sanción; (4) el procedimiento a seguir; y (5) la fecha y la hora en la que se iba a adelantar la audiencia. Esta citación fue acompañada de los informes elaborados por los profesionales asignados al seguimiento contractual remitidos y aclarados por el subdirector de Administración inmobiliaria y del Espacio Público.

35. Ante múltiples solicitudes formuladas por la Fundación, la audiencia fue reprogramada por la jefe de la oficina jurídica mediante los oficios de 4 de junio de 2019¹⁸, 12 de junio de 2019¹⁹, 26 de julio de 2019²⁰, y 16 de octubre de 2019²¹. Finalmente, la jefe de la oficina jurídica llevó a cabo la audiencia el 24 de octubre de 2019 a la cual solo asistió el apoderado de la aseguradora Seguros del Estado²² y profirió las Resoluciones 426 –por la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato– y 453 –por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto–.

36. Si bien, la Sala no desconoce que ese informe de presunto incumplimiento fue elaborado por un contratista de prestación de servicios,

¹⁴ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “36RECIBEMEMORIALES_SUBSANA_ANEXOSDEMANDA”, anexo 21.

¹⁵ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “36RECIBEMEMORIALES_SUBSANA_ANEXOSDEMANDA”, anexo 20.

¹⁶ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “50_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASDEMANDA2021”, pág. 54-58 y 81-82.

¹⁷ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “50_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASDEMANDA2021”, pág. 12-15.

¹⁸ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “50_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASDEMANDA2021”, pág. 147.

¹⁹ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “50_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASDEMANDA2021”, pág. 148.

²⁰ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “50_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASDEMANDA2021”, pág. 266.

²¹ Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “50_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS_PRUEBASDEMANDA2021”, pág. 323-324.

²² Índice 2 SAMAI. Expediente digital. Archivo “29VINCULOARCHIVO”.

Radicación:	25000-23-36-000-2021-00071-01 (71268)
Demandante:	Fundación Forja
Demandado:	DADEP
Referencia:	Controversias contractuales
Decisión:	Confirma la Sentencia

está probado que fue dirigido al supervisor del contrato quien se encargó de solicitar el inicio del procedimiento y esta irregularidad no tiene la potencialidad de viciar de nulidad los actos administrativos acusados, que pusieron fin al procedimiento administrativo.

37. En efecto, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación no toda irregularidad en el trámite de una actuación administrativa configura por sí sola una causal de nulidad, pues se requiere que dichas irregularidades sean jurídicamente relevantes, en virtud de un análisis concreto. Las irregularidades que generan la nulidad son aquellas que inciden en la decisión porque tienen la potencialidad de cambiarla o aquellas que disminuyen, cercenan o coartan el ejercicio de las garantías fundamentales de quien pueda resultar afectado con la decisión²³. De esta manera, en virtud del carácter instrumental de las formas o de los procedimientos -principio constitucional de instrumentalidad de las formas, que da prevalencia a lo sustancial (art. 228 CP)- las irregularidades formales deben examinarse no por un valor intrínseco, como si se tratara de ritos, sino por el efecto concreto que acarrea dicha irregularidad.

38. En otras palabras, la valoración de las irregularidades en el procedimiento debe juzgarse en función de la finalidad con la que fue concebida la forma y del impacto concreto que tuvo la irregularidad. Tal método conduce a clasificar los vicios de forma en aquellos sustanciales o con consecuencias reprochables y aquellos insustanciales o que no tienen la entidad suficiente para provocar la nulidad.

39. Sobre esta clasificación, la corporación²⁴ ha indicado que:

²³ "No toda irregularidad en el trámite de una actuación administrativa configura una trasgresión a una de estas garantías ni constituye per se una causa de anulación del acto administrativo. Debe tratarse de un error sustancial, esto es, que, de no haber existido, el acto administrativo definitorio hubiera tenido un sentido ostensiblemente diferente. Y si se trata de una irregularidad procedimental, debe cercenar o coartar de forma clara el ejercicio de las mencionadas prerrogativas fundamentales en cabeza del sujeto vinculado, porque no se surtió su notificación, perdió la posibilidad de rendir descargos o quedó desprovisto de la oportunidad de allegar pruebas, como ha expuesto reiteradamente esta Corporación". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 13 de agosto de 2024, exp. 68176.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 11 de abril de 2019, expediente 1171-18. En sentido similar: "No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia, al tratar el tema de la formalidad del acto administrativo y de la nulidad proveniente de su desconocimiento, han sido del criterio de que no cualquier defecto puede tener la virtualidad de invalidar una decisión de la Administración, puesto que "...no todas las formas tienen un mismo alcance o valor...", y estas van desde las sustanciales hasta las meramente accesorias, siendo únicamente las primeras las que realmente inciden en la validez del acto. Es claro entonces que al juez le corresponde dilucidar, en cada caso, si el vicio de forma alegado en la demanda es de tal magnitud que afectará

“Por el contrario las irregularidades o vicios, que no afectan el fondo del asunto discutido, esto es, que, de no haber ocurrido, la decisión definitiva hubiese sido en igual sentido, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Entonces los vicios de procedimiento que no incidan en el fondo del asunto discutido, son considerados como irregularidades intrascendentes o irrelevantes que no tienen la virtud de generar la nulidad del acto administrativo que define la situación jurídica objeto de discusión.”

40. Así las cosas, el quebranto de las formas propias del respectivo trámite no conduce, *per se*, a la nulidad del acto y será un deber del juez analizar el contexto de ocurrencia del vicio y su impacto concreto²⁵.

41. A partir de lo anterior, y de las pruebas aportadas sobre lo ocurrido en el procedimiento, para la Sala es claro que no existió una invasión de competencias por parte de los contratistas de prestación de servicios y se trata de un vicio insustancial, que no tiene la fuerza suficiente para efectos de declarar la nulidad de las resoluciones demandadas. Así, en este caso concreto, no genera nulidad que uno de los insumos adjuntados en la citación a la audiencia haya sido un informe de presunto incumplimiento elaborado por una contratista de prestación de servicios, teniendo en cuenta que la garantía prevista en la ley consiste en que el contratista conozca los reparos o cargos de los que debe defenderse, de manera precisa y previa a la audiencia, para que pueda preparar y ejercer una adecuada defensa, lo que, en efecto, ocurrió. Es decir que la finalidad de la garantía fue satisfecha, porque el informe del contratista, que el empleado público prohijó, ponía en conocimiento del contratista los presuntos incumplimientos de los que debía ejercer sus derechos de defensa y contradicción.

la validez del acto acusado”. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 21 de junio de 2018, expediente 2010-00305-02.

²⁵ “No obstante, esta Subsección ha considerado que no toda irregularidad procedimental deriva necesariamente en la anulación de la decisión administrativa atacada judicialmente, ya que es necesario que la parte demandante demuestre la incidencia de la anomalía en el sentido del acto administrativo, de suerte que deviene irrelevante el quebranto de las formas propias del respectivo trámite cuando este no influye en la conclusión. De esta forma, la aproximación del juez al acto administrativo con ocasión del control de legalidad, no puede detenerse únicamente en la falencia procesal denunciada por el actor, sin tener en cuenta el contexto que lo sustenta”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de abril de 2022, expediente 49561.

42. La Sala constata que aquella irregularidad no tenía la potencialidad de cambiar el sentido de la decisión y, por otro lado, como acaba de explicarse, no se cercenó una garantía fundamental. Por el contrario, el contratista pudo ejercer plenamente los derechos propios de la defensa. De aceptar que la irregularidad descrita conduce a la nulidad, se estaría dando prevalencia ciega a las formas, con una hermenéutica que desconocería su teleología y, en concreto, la razón de ser de las garantías del debido proceso.

43. Ahora bien, el hecho de que, en el presente asunto, el vicio identificado no conduzca a la nulidad del acto administrativo, no significa que la actuación haya sido regular o irreprochable. En realidad, sí existió un desconocimiento de la norma legal, que puede conducir, eventualmente, a juicios de naturaleza disciplinaria, pero ello no significa que el acto administrativo deba ser anulado. La nulidad es una sanción grave frente a la validez de los actos administrativos que, en virtud de su gravedad y consecuencias, debe estar suficientemente justificada, lo que no ocurre en este caso, por lo que la decisión que se impone es la que resulta de no haber desvirtuado la presunción de validez del acto administrativo cuestionado.

44. Por lo expuesto, el segundo reproche formulado en el recurso de apelación tampoco está llamado a prosperar y la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

2.2. Condena en costas

45. De conformidad con el artículo 188 del CPACA²⁶ y el numeral 3 del artículo 365 del CGP²⁷, se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a la parte demandante. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

²⁶ "Artículo 188: Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

²⁷ "3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda".

Radicación: 25000-23-36-000-2021-00071-01 (71268)
Demandante: Fundación Forja
Demandado: DADEP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Confirma la Sentencia

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 8 de febrero de 2024, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho de segunda instancia a la parte demandante a favor de la parte demandada, las cuales se fijarán y liquidarán por el tribunal de primera instancia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado

Aclara voto

Firmado electrónicamente

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado