

DEBIDO PROCESO –Causales de nulidades – Ley 1437 de 2011 artículo 137

[...] 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.

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

Adicionalmente, 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.

[...] 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.

NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO Vicio que no implica una nulidad – Proceso de naturaleza disciplinaria

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.



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: 25000-23-36-000-2021-00126-01 (70781)
Demandante: Contextus S.A.S
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 – expedición irregular.

Síntesis del caso: La demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad declaró el incumplimiento parcial 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 14 de septiembre de 2023, 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 16 de abril de 2021, CONTEXTUS S.A.S (en adelante, la sociedad) 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 Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo "1REPARTOYRADICACION_001DEMANDA".

Radicación:	25000-23-36-000-2021-00126-01 (70781)
Demandante:	Contextus SAS
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 434 de 2019, el primero (1) de noviembre de 2019, “Por medio de la cual se resuelve la actuación administrativa adelantada por el presunto incumplimiento del contrato CAMEP 110-00129-387-0-2017, suscrito con CONTEXTUS SAS (sic)” y la Resolución 438 del cinco (5) de noviembre de 2019, “Por medio la cual se resuelve el recurso de reposición instaurado por la Aseguradora Seguro del Estado S.A, en contra de la Resolución 434 de 1 de noviembre de 2019” expedidos por [expedidos por la demandada].

SEGUNDA: Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior se ordene que [CONTEXTUS] no está obligada a pagar ninguna suma por concepto de “cláusula penal pecuniaria” [...] por un valor de [\$32.251.200], y si esta suma ya fue pagada se ordene su reembolso o reintegro.

TERCERA: Que como consecuencia de la prosperidad de la PRETENSIÓN PRIMERA declarativa se ordene que [CONTEXTUS], no está obligada a pagar ninguna suma por concepto de los perjuicios que exceden el valor estipulado en la “cláusula penal” [...] por un valor [\$663.195.067] 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 sociedad celebró con el DADEP el contrato 110-00129-387-0-2017 de 29 de diciembre de 2017 cuyo objeto era la “operación y administración de 3 zonas de estacionamiento ubicadas en la urbanización La Castellana, las cuales se encuentran identificadas en el Anexo Técnico No. 1, garantizando su mantenimiento y debido uso, según las condiciones y especificaciones técnicas previstas en dicho anexo”.

4. 2) Mediante el memorando interno 2019-305-000485-3 de 12 de febrero de 2019, el subdirector de Administración Inmobiliaria y del Espacio público de la entidad remitió a la jefe de la oficina jurídica un informe de presunto incumplimiento del contrato.

5. 3) Por lo anterior, la jefe de la oficina jurídica citó a la sociedad demandante a la audiencia de incumplimiento que tendría lugar el 10 de junio de 2019.

6. 4) El 10 de junio de 2019, a las 8:24 AM, la sociedad presentó una recusación en contra de la 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 (CPACA), consistentes en *“existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor [...] y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado”,* y *“haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor [...]”*.

7. 5) La sociedad fundamentó la recusación en las citadas causales porque su apoderado, el 14 de febrero de 2019 y en el marco del proceso de selección PSA-MC-110-121-2018 (en adelante, el proceso 121-2018), había presentado una recusación en contra de la directora del DADEP y la jefe de la oficina jurídica, sin que a la fecha se hubiera resuelto, además de una queja disciplinaria y una denuncia por prevaricato. Esta recusación fue resuelta por la Secretaría Distrital de Gobierno en la Resolución 406 de 11 de junio de 2019.

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 el 10 de junio de 2019 en el marco del proceso de presunto incumplimiento.

9. 7) El 26 de julio de 2019, la jefe de la oficina jurídica del DADEP informó que, en atención a que la recusación estaba resuelta, se citaba para reanudar la audiencia de incumplimiento el 1 de agosto de 2019. Días después, el DADEP puso de presente que la audiencia sería nuevamente reprogramada en atención a la solicitud de revocatoria directa formulada en contra de la Resolución 245.

10. 8) La audiencia fue reprogramada en una oportunidad adicional y finalmente se llevó a cabo el 1 de noviembre de 2019. El apoderado de la sociedad el mismo día formuló otra recusación en contra de la directora del DADEP y la jefe de la oficina jurídica.

11. 9) El DADEP expidió la Resolución 434 de 1 de noviembre de 2019, en donde declaró el incumplimiento parcial del contrato, tasó los perjuicios, declaró el siniestro e hizo efectiva la cláusula penal. Frente a esta decisión,

la aseguradora interpuso un recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución 438 de 5 de noviembre de 2019.

12. A juicio de la demandante, los actos acusados eran nulos pues fueron expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, sin competencia, de forma irregular, y con violación del derecho al debido proceso. Lo anterior porque: (1) la directora del DADEP no era competente para resolver la recusación formulada el 10 de junio de 2019 en contra de la jefe de la oficina jurídica, pues no resolvió previamente la recusación que se había formulado en su contra; (2) la jefe de la oficina jurídica instaló la audiencia de presunto incumplimiento sin que se resolviera la recusación presentada el mismo día en su contra; (3) existió una extralimitación del cobro de los perjuicios; (4) se omitió el procedimiento establecido en la ley según el cual el recurso de reposición en contra de la decisión que declaró el incumplimiento parcial del contrato debía interponerse y resolverse durante la audiencia; y (5) existió *"invasión de la competencia en el informe de incumplimiento por parte de contratistas en el cual se sustenta la actuación y que trae como consecuencia que el título de imputación (citación), no produzca efectos jurídicos y sea violatorio del debido proceso"*³.

1.2. Posición de la parte demandada

13. El DADEP **contestó la demanda**⁴ y se opuso a las pretensiones. Indicó que expidió los actos administrativos debidamente motivados por el incumplimiento grave y real del contratista. 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 para comparecer a la audiencia de presunto incumplimiento y desplegó maniobras dilatorias. Por último, formuló las

³ El demandante desarrolló este cargo de la siguiente manera: "A la luz de lo anterior desde el inicio de la actuación administrativa existe un vicio que afecta el procedimiento sancionatorio contra CONTEXTUS S.A.S, toda vez que el informe de incumplimiento inicial fue redactado, confeccionado y firmado por un contratista¹⁸ de prestación servicios, quienes no ostentan la calidad de servidores públicos, lo que trae como consecuencia que la citación que se sustenta y soporta en el informe de incumplimiento, no puede producir efectos porque no fue expedido por un servidor público y fue invadida la competencia de quien debida producirlo por estos contratistas , circunstancia que hace que se concrete la nulidad de los actos administrativos objeto de conciliación en su efectos patrimoniales".

⁴ Índice 9 SAMAL. Expediente digital del Tribunal. Archivo "32_recibememoriales_contetaciondemanda".

excepciones de “exclusión de responsabilidad del DADEP” e “inexistencia de elementos probatorios que demuestren algún tipo de ilegalidad de los actos administrativos objeto de la litis”.

1.3. Sentencia recurrida

14. El 14 de septiembre de 2023, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la **Sentencia de primera instancia**⁵, en la que decidió (se transcribe):

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Por Secretaría de la Sección liquidense los gastos procesales causados, devuélvase el monto remanente a la parte actora en caso de existir. FÍJESE por concepto de agencias en derecho la suma de \$19.895.852,01 a favor de la entidad demandada y a cargo de la parte demandante.

[...]”.

15. Lo anterior, con fundamento en que: (1) la directora del DADEP obró con competencia al proferir la Resolución 245 por la cual resolvió las recusaciones presentadas en contra de la jefe de la oficina jurídica; (2) las recusaciones formuladas durante la audiencia de incumplimiento, el 1 de noviembre de 2019, fueron resueltas por el director encargado del DADEP quien no se encontraba impedido o recusado para actuar en la diligencia; (3) no se incurrió en una extralimitación en el cobro de los perjuicios, pues estos fueron objeto de reclamación ante el juez del contrato; (4) se respetó el debido proceso y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; y (5) no existió una usurpación de competencias por parte de los contratistas de prestación de servicios en la elaboración del informe de presunto incumplimiento⁶.

16. Sobre el primer cargo, relacionado con “la incompetencia temporal de la directora para resolver la recusación formulada en contra de [la jefe de la oficina jurídica]”, el tribunal concluyó que no prosperaba, porque la funcionaria “se pronunció de manera motivada sobre la recusación formulada en contra suya, y por lo mismo, si bien no surtió el trámite contemplado en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, lo hizo de manera

⁵Índice 22 SAMAI. Expediente digital del Tribunal.

⁶La Sala se referirá a los argumentos expuestos por el Tribunal para resolver los cargos 1 y 5, pues frente a ellos la parte demandante formuló los reparos concretos en su recurso de apelación.

justificada en cumplimiento de los deberes y principios que rigen el ejercicio de la función pública o administrativa, los cuales en este caso debían primar sobre meras formalidades procesales”.

17. Al respecto, indicó que *“si bien no se desconoce que los procesos de selección de contratistas [110-025-2018 y 121-2018] diferían del proceso sancionatorio adelantado por el DADEP con ocasión del Contrato CAMEP 110- 00129-387-0-2017, lo cierto es que el señor Diego Andrés Vega formuló en los 3 procedimientos administrativos, recusación contra los mismos funcionarios del DADEP, con base en las mismas causales contempladas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, de allí que era posible presumir, con base en el criterio jurídico del Secretario de Gobierno, que aun en el evento de surtirse el trámite del artículo 12 de la misma ley, las mismas habrían sido igualmente desestimadas por el superior, por incumplimiento de los presupuestos taxativos contemplados en la norma para su procedencia”.*

18. Sobre el quinto cargo, relacionado con la invasión de competencias por parte de los contratistas de prestación de servicios al elaborar el informe de presunto incumplimiento, expuso que *“no considera la Sala que la contratista haya usurpado competencias propias del supervisor, pues en todo caso, en desarrollo de labores profesionales de apoyo a la gestión de la entidad, elaboró el informe para ser sometido a conocimiento y aprobación del Supervisor, y este a su vez, como supervisor del contrato incumplimiento, lo convalidó al momento en que solicitó a la Oficina Asesora Jurídica adelantar las actuaciones administrativas pertinentes”.* Además, que la decisión por la cual se declaró el incumplimiento contractual fue proferida por la autoridad competente de conformidad con la Resolución 263 de 2015 y que, en todo caso, el informe solo fue un insumo técnico y jurídico.

1.4. Recurso de apelación

19. El 6 de octubre de 2023, la parte demandante presentó un **recurso de apelación** en el cual solicitó que se revocara la Sentencia y, en su lugar, se acogieran las pretensiones⁷ con fundamento en 2 reparos concretos:

⁷ Índice 26 SAMAI. Expediente digital del Tribunal.

20. En primer lugar, porque el Tribunal concluyó que la entonces directora del DADEP no tramitó las recusaciones formuladas por la sociedad en su contra para garantizar los principios de economía y celeridad, sin tener en cuenta que las actuaciones de los funcionarios públicos son regladas y las normas de procedimiento de orden público. Además, porque no advirtió que las recusaciones interpuestas por la sociedad en el proceso de incumplimiento eran diferentes a las formuladas en el marco de unos procesos de selección, por lo que la funcionaria no era competente para expedir la Resolución 245 de 2019.

21. En segundo lugar, porque *“bajo el ropaje de una convalidación [el tribunal] pas[ó] por alto la usurpación de competencias por parte de las contratistas de prestación de servicios”*, pues lo que se discutió en el proceso fue que *“el título de imputación puesto a consideración de CONTEXTUS SAS, es decir el informe de presunto incumplimiento no fue realizado por el servidor público que ostentaba la función y la competencia”*.

2. CONSIDERACIONES

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

2.1. Análisis sustantivo⁸

22. La Sala **confirmará** la Sentencia de primera instancia porque 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

⁸La 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 14 de septiembre de 2022, exp. 67731; Sentencia del 2 de marzo de 2022, exp. 53804; y Auto de 2 de marzo de 2020, exp. 64004.

concluirá que, aunque sí existió una irregularidad formal, esta no tiene la entidad de provocar la nulidad de los actos administrativos.

23. (a) El **primer reparo** consiste en que, para la sociedad demandante, se vulneró el debido proceso al expedir la Resolución 434 de 1 de noviembre de 2019 –“por medio de la cual se resuelve la actuación administrativa adelantada por el presunto incumplimiento del [contrato celebrado con Contextus]”⁹– y la Resolución 438 del 5 de noviembre de 2019 –“por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición instaurado por [Seguros del Estado] en contra de la Resolución 434 del 1 de noviembre de 2019”¹⁰–, porque la entonces directora del DADEP omitió tramitar la recusación formulada en su contra, el 10 de junio de 2019¹¹, antes de resolver la recusación presentada en contra de la jefe de la oficina jurídica a través de la Resolución 245 de 2019–“por la cual se resuelven dos recusaciones promovidas contra la jefe de la oficina asesora jurídica del [DADEP]”¹² –.

24. 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.

25. Al respecto, la Sala debe advertir, tal y como lo indicó el Tribunal, que el hecho de que no se le haya impartido el trámite establecido en el artículo 12 del CPACA¹³ a la recusación formulada en contra de la directora, el 10

⁹ Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo “8REPARTOYRADICACION_001RESOLUCION434”.

¹⁰ Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo “9REPARTOYRADICACION_001RESOLUCION438”.

¹¹ Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo “10REPARTOYRADICACION_003RECUSACION”.

¹² Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo “15REPARTOYRADICACION_008RESOLUCION245”.

¹³ “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 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

de junio de 2019, de acuerdo con las circunstancias del caso, no configura un vicio de forma susceptible de viciar de nulidad los actos administrativos acusados. Lo anterior, porque como pasa a explicarse, ni la directora del DADEP, ni posteriormente el director encargado, se extralimitaron u omitieron sus funciones, ni vulneraron las normas de orden público, pues detallaron las razones por las cuales se adoptaba tal decisión.

26. En efecto, la recusación formulada en contra de la directora tuvo como fundamento que existía una controversia ante una autoridad administrativa entre la funcionaria y el apoderado de la sociedad con ocasión del proceso de selección 121-2018. En esa oportunidad, el apoderado de la sociedad recusó a la funcionaria y presentó una queja disciplinaria en su contra lo que a la fecha de la audiencia estaba pendiente por resolver.

27. La recusación formulada en el citado proceso de selección fue finalmente resuelta por el secretario Distrital de Gobierno en la Resolución 406 de 11 de junio de 2019¹⁴. Como con esta decisión ya no existía controversia pendiente por resolver, la directora del DADEP expidió la Resolución 245 a través de la cual resolvió las otras recusaciones formuladas en contra de la jefe de la oficina jurídica. La Sala no encuentra, entonces, razones jurídicas por las cuales no se podía expedir la Resolución 245 que, además, goza de presunción de legalidad y sobre la cual no se solicitó su nulidad.

28. Frente a esta resolución la sociedad demandante presentó una solicitud de revocatoria directa, la cual fue resuelta por el director (E) del DADEP en la Resolución 369 de 30 de septiembre de 2019¹⁵, en la cual puso de presente que (se transcribe):

“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

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.”

¹⁴ Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo “13REPARTOYRADICACION_006”.

¹⁵ Índice 9 SAMAI. Expediente digital del Tribunal.

Radicación:	25000-23-36-000-2021-00126-01 (70781)
Demandante:	Contextus SAS
Demandado:	DADEP
Referencia:	Controversias contractuales
Decisión:	Confirma la Sentencia

pronunciamiento de fondo por parte de la Secretaría de Gobierno, a favor de la Directora del DADEP, en la mencionada Resolución No. 0406 del 11 de junio de 2019.

[...]

Desde un 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 [...]

En suma, dar trámite una y otra vez, a recusaciones interpuestas por el mismo accionante, en diferentes escenarios administrativos, considerando que son nuevas recusaciones porque se formulan en el marco de diferentes actuaciones administrativas, cuando la situación fáctica es idéntica y además existe pronunciamiento sobre el fondo del asunto, puede llevar a la Administración a privilegiar la forma sobre la sustancia, proceder que puede entorpecer o demorar el normal desarrollo de los procesos y trámites administrativos a cargo del DADEP, con lo cual se podría impedir, perturbar o interferir con el normal desarrollo de estos y en general, con la función pública”.

29. En esos términos, la Sala reitera que la razón por la cual la entonces directora del DADEP no tramitó la recusación interpuesta en su contra según el procedimiento establecido en el artículo 12 del CPACA fue porque existía una similitud fáctica y argumentativa con otras recusaciones formuladas de manera previa y reiterada por el mismo apoderado que ya habían sido resueltas por la entidad y por el superior, la secretaría de gobierno. Si bien la sociedad 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 enfática en señalar que el fundamento fáctico idéntico se refería a la sustancialidad de los argumentos expuestos por el apoderado en la sustentación de las causales 5 y 6 del artículo 11 del CPACA y no a que fueran dos procesos idénticos.

30. Por lo expuesto, es posible afirmar que el Tribunal no pasó por alto los argumentos planteados por la sociedad demandante en relación con este cargo, no obstante, encontró que no le asistía razón, pues los funcionarios del DADEP buscaron evitar actuaciones dilatorias por parte del demandante para no llevar a cabo la audiencia de presunto incumplimiento. Nótese cómo la sociedad presentó la recusación el 10 de junio de 2019, horas antes de que se instalara la audiencia de presunto incumplimiento, la cual se suspendió y solo se fijó nueva fecha para

Radicación:	25000-23-36-000-2021-00126-01 (70781)
Demandante:	Contextus SAS
Demandado:	DADEP
Referencia:	Controversias contractuales
Decisión:	Confirma la Sentencia

reanudarla cuando se resolvieron todas las solicitudes formuladas por el apoderado¹⁶. En la última citación, la jefe de la oficina jurídica del DADEP programó la audiencia para el 1 de noviembre de 2019¹⁷, y este mismo día el apoderado presentó otra solicitud de recusación en contra de las mismas funcionarias, la cual fue resuelta por el director encargado.

31. Adicionalmente, la Sala pone de presente que, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011¹⁸, 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 CPACA¹⁹, 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 por parte de los contratistas de prestación de servicios al elaborar el informe de presunto incumplimiento.

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

¹⁶ Oficio 2019110018851 de 27 de julio de 2019 en donde la jefe de la oficina jurídica informó que la audiencia sería reanudada el 1 de agosto de 2019, en atención a que la recusación formulada en la audiencia de 10 de junio de 2019 ya había sido resuelta; Oficio 20191100121891 de 30 de julio de 2019 en donde se informó que en atención a la solicitud de revocatoria directa presentada en contra de la Resolución 245, la audiencia sería reprogramada; Oficio 20191100176541 de 21 de octubre de 2019 en donde se informe que como se encuentran decididas las peticiones la reanudación de la audiencia se cita para el 28 de octubre de 2019; Oficio 20191100180432 de 28 de octubre de 2019 en donde se anuncia que en atención a la solicitud formulada por la sociedad se reprograma la audiencia para el 01 de noviembre de 2019. Páginas 42-46 del PDF "31_recibememoriales_pruebasdemanda2021", índice 9 SAMAI, expediente digital del Tribunal.

¹⁷ Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo "16REPARTOYRADICACION_009RECUSACION".

¹⁸ 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 Política, 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."

¹⁹ 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".

citación debe mencionar los hechos que soportan la actuación acompañada de un informe de interventoría o supervisión.

34. La Sala observa que, la jefe de la oficina jurídica al momento de enviarle al demandante, el 30 de mayo 2019, la citación a la audiencia para el 10 de junio de 2019²⁰, 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) las presuntas obligaciones 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 del memorando de 12 de febrero de 2019 elaborado por el subdirector de administración inmobiliaria y del espacio público, que, a su vez, remitió el informe de presunto incumplimiento elaborado por una contratista de prestación de servicios asignada al seguimiento contractual²¹. Enseguida, en la Resolución 434 por la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato, la jefe de la oficina jurídica reseñó que la audiencia se llevó a cabo el 1 de noviembre de 2019 en donde se señalaron los hechos y las pruebas, se corrió traslado al contratista, se enunciaron las cláusulas presuntamente incumplidas y se dejó constancia que el contratista no presentó descargos²².

35. 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 procedimiento²³ y esta irregularidad no tiene la potencialidad de viciar de nulidad los actos administrativos acusados, que pusieron fin al procedimiento administrativo.

36. En efecto, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación no toda irregularidad en el trámite de una actuación

²⁰ Índice 9 SAMAI, expediente digital del Tribunal. Archivo *“31_recibememorales_pruebasdemanda2021”*, pág. 37-39.

²¹ Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo *“17REPARTOYRADICACION_010INFORMEPRESUNTO”*.

²² De conformidad con los hechos expuestos en la Resolución 434 de 1 de noviembre de 2019 que no fueron debatidos o cuestionados por la sociedad demandante.

²³ Memorando de 12 de febrero de 2019 suscrito por el subdirector de Administración Inmobiliaria y del espacio público. Índice 1 SAMAI. Expediente digital del Tribunal. Archivo *“17REPARTOYRADICACION_010INFORMEPRESUNTO”*.

Radicación:	25000-23-36-000-2021-00126-01 (70781)
Demandante:	Contextus SAS
Demandado:	DADEP
Referencia:	Controversias contractuales
Decisión:	Confirma la Sentencia

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 decisión²⁴. 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.

37. 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.

38. Sobre esta clasificación, la corporación²⁵ ha indicado que:

“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.

²⁴ “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 yerro 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.

²⁵ 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 la validez del acto acusado”. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 21 de junio de 2018, expediente 2010-00305-02.

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."

39. 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 concreto²⁶.

40. 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.

41. 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

²⁶ "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.

su teleología y, en concreto, la razón de ser de las garantías del debido proceso.

42. 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.

43. 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

44. De conformidad con el artículo 188 del CPACA²⁷ y el numeral 3 del artículo 365 del CGP²⁸, 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.

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,

²⁷ "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".

²⁸ "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: 25000-23-36-000-2021-00126-01 (70781)
Demandante: Contextus SAS
Demandado: DADEP
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Confirma la Sentencia

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 14 de septiembre de 2023, 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