



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020)

REFERENCIAS:

Proceso: 1100133350182016-00620 00
Demandante: BETTY MARÍA AFANADOR GARCÍA
Demandado: PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C.
Asunto: SENTENCIA

La señora BETTY MARÍA AFANADOR GARCÍA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.795.539 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES Y HECHOS

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 27 de noviembre de 2019 (fls. 268), al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidos los artículos 2 y 29 de la Constitución Política, 4, 5, 6, 12, 13, 17 y 19 de la Ley 734 de 2002, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

(i) Falsa motivación

Indicó que los actos administrativos demandados se encuentran falsamente motivados, pues la Personería de Bogotá de manera equivocada consideró que en la suscripción de los contratos Nos. 058 de 2011 y 053 de 2012 de apoyo a las actividades de interés público a través de la modalidad contractual establecida en el artículo 355 de la Constitución Política, no se reunieron las formalidades y requisitos legales, desconociéndose los principios de transparencia y selección objetiva que regulan la contratación estatal, lo cual contradice de entrada que los mismos se encuentran regulados por el inciso segundo del citado artículo 355 Constitucional, tipo de contratación en que la administración pública puede celebrar contratos con las entidades sin ánimo de lucro siempre que se cumplan ciertos requisitos.

En este sentido, afirma que las exigencias de tipo legal están plenamente probadas con los certificados expedidos por la Cámara de Comercio, en los que se demuestra que las entidades con las que la Alcaldesa suscribió los contratos objeto de cuestionamiento disciplinario, son sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, que vienen cumpliendo con una actividad social desde enero de 2003 y abril de 2006, respectivamente, aunado a que los mismos se efectuaron con base en lo dispuesto en el Decreto 777 de 1992 y en la Circular 017 de 2007, expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que permiten a las entidades estatales y en especial al Distrito celebrar entre sí convenios y contratos.

Sostuvo que el Alcalde Mayor de Bogotá mediante el Decreto No. 101 de 2010, delegó y facultó entre otros, a la Alcaldesa de Fontibón para suscribir contratos y ordenar el gasto en dicha Localidad; sin embargo, debía contar con la revisión por parte de la Secretaría de Gobierno Distrital y además llevar su visto bueno para poder realizar la suscripción de los mismos, tal como ocurrió con la contratación 058 de 2011, sin que se evidenciaran inconsistencias legales frente a formalidades y requisitos, por dicha Secretaría.

Refirió que la Secretaría de Gobierno Distrital en sede de revisión debió evidenciar las irregularidades que fueron objeto del proceso disciplinario adelantado en contra de la demandante y no haber dado las

autorizaciones respectivas; sin embargo, se consideró que el mencionado contrato se encontraba ajustado a derecho, conforme a los lineamientos de la circular No. 007 de 7 de marzo de 2011 y los Decretos 777 y 1403 de 1992.

Resaltó que la Abogada Janeth Guzmán del Fondo de Desarrollo Local de Fontibón también dio visto bueno para la elaboración de dichos contratos, la cual estuvo aprobada por el entonces Asesor de la Alcaldesa de Fontibón, abogado Andrés Maldonado, destacando que su representada no posee formación jurídica y por tal circunstancia se amparó en sus colaboradores, amén que contó con las autorizaciones del Nivel Central del Distrito Capital –Secretaría de Gobierno-, documentos que obran en el proceso y que están rubricados al pie de página por aquellos en donde consta la justificación jurídica, entendiendo su defendida aquellas como el respaldo suficiente para haber aceptado dicha justificación como ajustada a derecho.

Argumentó que en el proceso disciplinario adelantado en contra de la actora no se tuvieron en cuenta medios probatorios, lo cual cercenó su derecho al debido proceso, pues su defendida se allanó a las exigencias imperativas impartidas por la Secretaría de Gobierno Distrital, solicitando autorización a la Administración Central para la realización de dicha actuación y la Doctora Luz Mery Rincón Romero, Jefe de la Oficina Jurídica mediante comunicación radicada con el No. 20110920004843 del 25 de abril de 2011, en cumplimiento al Decreto 341 de 2010, autorizó la celebración de estos contratos de Apoyo con entidades sin ánimo de lucro.

En este sentido, afirma que se encuentra demostrado que se reunieron los requisitos para la celebración de los contratos de apoyo de actividades de interés público suscritos entre el Fondo de Desarrollo Local de Fontibón representado legalmente en ese momento por la Doctora Betty María Afanador García con las fundaciones Senarcol en el caso del Contrato No. 058 de 2011 y Chinos y Colombianos Unidos para Nutrir, en el caso del Contrato No. 053 de 2012, con lo cual se desvirtúa la imputación disciplinaria contenida en el auto No. 352 del 14 de marzo de 2015.

Manifestó que la Personería de Bogotá olvida que en materia de contratación estatal para establecer la conducta atribuida a la investigada, que daría lugar a la falta tipificada en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, se debe tener en cuenta lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia No. C-18 de 2015, en la que se expresó “...*que la conducta constitutiva de falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen ese principio.*” siendo que en el pliego de cargos se endilga violación a normas de índole general, debiendo acudir la entidad demandada a la Técnica del tipo en blanco para permitir a la disciplinada conocer de manera clara e inequívoca el comportamiento específico reprochable, a partir de la incorporación o remisión legislativa a una disposición de rango legal.

Aseveró que en el pliego de cargos se cita una falta gravísima tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que, según se afirma, prohibía la celebración los contratos de apoyo No. 058 de 2011 y 053 de 2012, a través de la modalidad establecida en el artículo 355 de la Constitución Política, sin indicarse de manera específica las normas que preceptúan la formalidad y los requisitos legales para que, desconociendo ello, no hubiere podido hacerlo en dicha modalidad contractual, desprendiéndose la falta de técnica jurídica en la formulación de los cargos, circunstancia que determina que no pueda hablarse de falta disciplinaria, por cuanto no se da la configuración dogmática de ella, al tenor de lo exigido en la ley para poder hacer reproche disciplinario, por ausencia de uno de sus elementos.

(ii) De la ilicitud sustancial

Sobre el particular afirma que en el presente caso se demostró que con la conducta desplegada por la actora no se desconoció el principio de transparencia ni de selección objetiva al deber funcional, pues no se transgredió ninguna regulación; por el contrario, en cada uno de los contratos de apoyo se cumplió a cabalidad con el trámite correspondiente.

Refirió que el operador disciplinario desconoció el párrafo sexto del artículo 150 de la Ley 734 de 2012, por cuanto los hechos génesis de la presente investigación fueron denunciados por la Personera Local de Fontibón; sin embargo, la indagación preliminar se inició por otros hechos, lo que igualmente ocurrió con los autos de apertura de investigación y de cargos, vulnerándose el derecho de la actora al debido proceso y falta de defensa técnica, máxime que el abogado designado de oficio no presentó en su momento el recurso de alzada contra la decisión adoptada mediante la Resolución No. 510 del 30 de junio de 2016, mediante la cual la señora Betty María Afanador García fue destituida del cargo e inhabilitada por 12 años.

(iii) Ausencia de motivación

Afirma el apoderado de la actora que los fallos impugnados no se encuentran motivados, toda vez que no se realizó un examen de ilicitud sustancial, la cual es definida como la afectación de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública.

Señala que la Personería de Bogotá no explica en qué consistió la antijuridicidad material del comportamiento de la actora, ni mucho menos los hechos acreditados, ni los medios probatorios que den cuenta de la misma.

Manifiesta que las normas endilgadas como viciadas en los cargos, esto es, el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, no fueron trasgredidas por la demandante, en razón a que la celebración de los contratos objeto de cuestionamiento disciplinario se efectuó con previa solicitud elevada ante la Secretaría Distrital de Gobierno, requisito indispensable para que la Alcaldesa Local de Fontibón los suscribiera en la modalidad prevista en el artículo 355 Constitucional.

Argumenta que ni en los cargos endilgados, ni en la sanción se determinó en qué consistió la antijuridicidad, violándose directamente los artículos

5, 13, 17, y 19 de la Ley 734 de 2002, pues simplemente se reseñó que tal conducta desplegada por la investigada fue por desconocimiento de deberes que eran de obligatorio cumplimiento, sin determinar en qué consistieron y cuáles fueron tales desconocimientos.

(iv) Desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso.

Argumenta el apoderado de la actora que los hechos debatidos en el proceso disciplinario ocurrieron con anterioridad al 12 de julio de 2011 y, en ese sentido, aquellos que a dicha fecha estuvieran en curso y aun aquellos que no se hubieran iniciado pero que se refieren a circunstancias anteriores a la expedición de la Ley 1474 de 2011, debían regirse por el término de 5 años previsto en el artículo 30 de dicho estatuto, contados a partir del día de la consumación de los hechos cuando son instantáneos o desde la realización del último acto cuando estos son de tracto sucesivo, sin que se haya concluido el proceso respectivo sin decisión de mérito, razón por la cual en el presente caso se configuró el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria, el cual debió declararse en el fallo, ordenándose el archivo del expediente, respecto del contrato 058 del 29 de abril de 2011, pues los 5 años desde su celebración vencían el 29 de abril de 2016 y el fallo de segunda instancia fue proferido el 30 de junio del mismo año, por lo que la decisión solo ha debido ocurrir respecto del contrato 053 de 2012.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 29 de octubre de 2018, que obra a folios 239 a 252 del plenario, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

(i) De la falsa motivación

Señaló que en la demanda se plantea de manera general el reproche de falsa motivación de las decisiones sancionatorias disciplinarias,

manifestándose que la Personería de Bogotá no tipificó debidamente su conducta conforme a las exigencias de la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, al no especificarse las reglas que desarrollan los principios de la contratación vulnerados.

Sobre el particular, afirma que la sanción impuesta a la actora es la prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la cual tiene el carácter de gravísima, cual es *“31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la Ley”*.

Manifiesta que dicha falta gravísima fue demandada en sede de constitucionalidad por considerarse que los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la Ley, son un reproche bastante amplio y abierto que no le permiten al disciplinado la comprensión exacta de la acusación que se le imputa; sin embargo, la misma fue declarada exequible por la corte Constitucional de manera condicionada *“en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios”*.

Afirma que la Personería de Bogotá fue cuidadosa en la adecuación típica de la conducta de la actora, conforme al entendimiento que la Corte ha hecho del tipo gravísimo referenciado, pues en el pliego de cargos del 24 de marzo de 2015, señaló que corresponde al numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, esto es, al desconocimiento de los principios de la contratación estatal de transparencia y selección objetiva, así como el principio de moralidad de la función pública.

Señaló que para cumplir a cabalidad con el carácter concreto que exige la jurisprudencia de la Corte, la Personería de Bogotá se basó en las reglas contenidas en los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993, que tratan el

principio de transparencia y los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, que reglamentan el principio de la selección objetiva.

Adujo que la Personería de Bogotá fue prolija y explicó a la demandante que el desconocimiento de los anteriores principios estaba fundado en la exclusión del numeral 5° del artículo 2° del Decreto 777 de 1992, adicionado por el artículo 3° del Decreto 1403 del mismo año, que prohíbe la suscripción de convenios o contratos de manera directa regulados por el artículo 355 constitucional con entidades sin ánimo de lucro que desarrollen proyectos específicos de la Administración, de acuerdo a las precisas instrucciones que se impartan, tal como lo hizo la demandante en los contratos 058 de 2011 y 053 de 2012.

Afirmó que en el pliego de cargos y en los fallos de instancia se lee que en lo que concierne al contrato 058 de 2011, la actora en su calidad de Alcaldesa Local de Fontibón dio instrucciones a la Fundación Senderos de Armonía Colombiana SENARCOL, como consta en la Cláusula Segunda del contrato, puntualizando las obligaciones en cuanto al número de personas a atender en cada comedor comunitario, el tipo de alimentación a proporcionar, la sujeción a los lineamientos técnicos y los componentes que debió desarrollar, lo que conllevó a que se erigiera la causal de exclusión para desarrollar los contratos directos del artículo 355 Constitucional, eludiendo la forma general de selección pública.

Indicó que los contratos celebrados por la actora no se adecuaron a los postulados del artículo 355 constitucional y sus Decretos Reglamentarios, no por falta de idoneidad de las fundaciones contratistas, sino porque se utilizó la figura para desarrollar programas del resorte de la Administración bajo precisas instrucciones de la demandante, circunstancia prohibida por las normas que regulan la materia, lo cual ameritó la sanción de la destitución e inhabilidad general de 12 años para ejercer funciones públicas.

Argumentó que en el fallo de segunda instancia se explica como la autorización de la Secretaría de Gobierno para la suscripción de los contratos no podía interpretarse como un aval y una directriz para

firmarse los contratos aludidos bajo la modalidad del artículo 355 Constitucional, pues era simplemente un control a la facultad delegada, la cual por supuesto debía ceñirse a los postulados de la contratación estatal, esto es, la selección por licitación pública y no a las modalidades exceptivas de contratación directa.

Adujo que la Personería en el mismo fallo desestimó el argumento de exculpación por error de derecho generado supuestamente por los asesores Janeth Guzmán y Andrés Maldonado, por cuanto la calidad profesional y experimentada de la actora le obligaba a ser más diligente en la correcta selección del modelo de contratación, máxime teniendo en cuenta la cuantía de los contratos y el objeto sensible de las raciones alimentarias.

Manifestó que en vista de lo anterior, la Personería compulsó copias para que también fueran investigados los Doctores Guzmán y Maldonado por haber dado el visto bueno y aprobado la celebración de los referidos contratos.

(ii) De la Ilícitud Sustancial.

Señaló que la Personería de Bogotá probó que los principios tanto de la contratación como de la función pública fueron desconocidos por la actora a través de las reglas previstas en el Estatuto contractual, así como en los Decretos reglamentarios del año 1992, que desarrollaron el artículo 355 de la Constitución Política.

Manifestó que la Personería de Bogotá explicó a lo largo del proceso que si bien es cierto que los hechos por los cuales se imputaron cargos son diferentes de los que dieron inicio a la indagación preliminar y a la investigación disciplinaria, también es verdad que existía conexidad entre ellos, pues se adelantaron debido a las irregularidades por la adición del contrato 53 de 2012, para cubrir obligaciones no cumplidas por el ejecutor anterior del contrato 58 de 2011.

Aseguró que el pliego de cargos imputó dos reproches, uno por el contrato 58 de 2011 y el otro por el contrato 53 de 2012, por suscribirlos la actora a través de la modalidad contractual establecida en el artículo 355 constitucional, sin que se reunieran las formalidades y requisitos legales, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva que regían la contratación estatal.

Señaló que la autoridad investigadora se extendió en la etapa de instrucción a hechos adicionales a los denunciados o informados, al existir conexidad entre ellos, de conformidad con la parte final del artículo 150 del CDU que termina con la expresión “*y los que le sean conexos*”.

(iii) De la ausencia de motivación.

Afirma que la antijuridicidad que se predica en la ilicitud sustancial no es la material propia del derecho penal, sino que es una antijuridicidad sustancial, la cual se entiende como el incumplimiento del deber funcional que afecta los principios de la función pública o dicho de otro modo, el buen funcionamiento del Estado.

Señala que en presente caso la Personería de Bogotá demostró la sustancialidad de la ilicitud de la conducta de la actora, al probarse el desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva de la contratación estatal, así como el de moralidad de la función pública.

(iv) Del desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso.

Sobre el particular afirma que si bien le asiste razón a la parte actora al considerar que para efectos de la prescripción la norma aplicable en el presente caso es el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, que dispone que la acción disciplinaria prescribe en 5 años, por cuanto el contrato 58 de 2011 es anterior a la vigencia de la ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción), lo cierto es que no le asiste la razón en cuanto a la fecha en la cual opera el fenómeno prescriptivo, pues la demanda toma como fecha el fallo de segunda instancia, esto es el 30 de junio de 2016 para alegar el transcurso de más de 5 años; no obstante conforme a la

jurisprudencia del Consejo de Estado como a la doctrina de la Procuraduría General de la Nación, el acto límite para que no opere la prescripción es el fallo de primera instancia debidamente notificado, por ser el acto principal o definitivo.

Por último, propuso la excepción de inepta demanda, la cual fue resuelta en la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 27 de noviembre de 2019, denegándose su prosperidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1 Parte demandante.

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 2 de junio de 2020, reiteró los hechos y los argumentos expuestos en libelo demandatorio y al efecto solicita al despacho detenerse en la lectura de los folios que consagran los ítems 4.2, 4.2.2., 4.2.3, y 4.3. Así mismo, se tenga en cuenta el Memorando de fecha 29 de abril de 2011, expedido por la Doctora Olga Lucía Velásquez Nieto, Secretaria Distrital de Gobierno, quien autorizó a la Alcaldía Local de Fontibón la suscripción de los contratos de apoyo e impulso a programas y actividades de interés público con la Fundación Senderos de Armonía y Colombiana Senarcol, cuyo fundamento legal fue el Decreto 341 de 2010 y la Circular 007 de 2011.

De otra parte, señala que la entidad demandada apoya su criterio en que la alcaldesa dio instrucciones a las fundaciones para la ejecución de los aludidos convenios en cuanto al número de personas a atender, tipo de alimentación, lineamientos técnicos y administrativos, en contravía de la exclusión establecida en el numeral 5o del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, adicionado por el Decreto 1403 del mismo año, reglamentarios del artículo 355 constitucional, por lo que se concluye que el operador disciplinario desconoce que el objetivo de la norma es el impulso de programas y actividades y en esa medida se justifica que la iniciativa provenga de la entidad, pues solo esta puede conocer las necesidades de

la comunidad, por lo que no le estaría vedado presentar la invitación al proceso contractual.

En ese sentido, señala que es equivocada la conclusión sancionatoria porque es el mismo artículo 96 de la Ley 498 de 1998 el que dispone que la entidad pública deberá determinar con precisión el objeto del contrato, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos los aspectos pertinentes para su celebración.

Aunado a lo anterior, destacó que la nueva regulación en materia de convenios de asociación, prevista en el Decreto 92 de 2017, dispone en su artículo 5° que el objetivo de los mismos es cumplir actividades propias de las entidades estatales, precepto que una vez más permite colegir que no necesariamente la iniciativa debe venir de la entidad sin ánimo de lucro, como lo entendió la entidad demandada.

Así las cosas, aduce que sin duda, dicha norma afirma la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes en la tramitación y configuración de los convenios y ello es así porque deben sujetarse a los requisitos y formalidades legales para la contratación entre particulares, contenidos desde luego, en el derecho privado, pues la integración normativa por vía de remisión también está limitada por causales taxativas, como aparece reconocido por la jurisprudencia al referirse a los convenios de interés público.

En conclusión, señala que el Decreto 777 de 1992, ni sus decretos complementarios contemplan una cláusula general de remisión al Estatuto General de la Contratación y ello tiene un claro sustento teleológico, pues si la especialidad del régimen de los convenios de interés público se fundamenta en la preponderancia de la autonomía de la voluntad de las partes, pilar fundamental del régimen obligacional y contractual no habría lugar para una cláusula de integración normativa abierta e ilimitada con el Estatuto General de Contratación, por cuanto este como cuerpo normativo perteneciente al derecho público terminaría por convertirse en regla general, dejando en el vacío la connotación especial del régimen autónomo previsto en el artículo 355 de la Constitución.

Por último, reiteró que a la señora Betty María Afanador García se le causó una afectación en su vida personal, familiar y social, como quedó demostrado con las declaraciones de su hijo y de la señora Blanca Dilia Moreno Toro en la Audiencia de testimonios llevada a cabo ante este Despacho, amén que se le causaron perjuicios materiales estimados en veinte millones de pesos m/cte.

4.2 Parte demandada.

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 12 de marzo de 2020 (fls. 280 a 292), reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda y en lo que concierne a los testimonios practicados dentro del proceso, señaló que si bien intentaron demostrar unos perjuicios morales, dicho propósito no se logró satisfactoriamente, pues todos se encaminaron a probar únicamente la supuesta deficiente situación económica de la actora luego de la sanción disciplinaria.

4.3 Agente del Ministerio Público.

La señora Agente del Ministerio Público mediante escrito allegado vía correo electrónico el 1 de junio de 2020, rindió concepto favorable a las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

Luego de referirse a los fundamentos que sustentaron la sanción disciplinaria impuesta a la demandante aclaró que si bien dicha entidad en la construcción de los fallos disciplinarios hace referencia a convenios de asociación para endilgar la responsabilidad de la actora, lo cierto es que se basó en la normatividad aplicable a los contratos de apoyo de actividades de interés público -que fueron los que realmente se suscribieron en el presente caso-, contenida en el artículo 355 constitucional y en los Decretos 777 y 1403 de 1992.

Indicó que la Alcaldía Local de Fontibón con cargo a los recursos del Fondo de desarrollo local de Fontibón celebró los contratos de apoyo a

actividades de interés público Nos. 058 de 2011 y 053 de 2012, con las entidades sin ánimo de lucro SENARCOL y FUNDACIÓN CHINOS Y COLOMBIANOS UNIDOS, *respectivamente*, en ejecución de la política pública establecida en los proyectos denominados “*Bogotá bien alimentada, componente Comedores Comunitarios*” y “*Garantizar la permanencia y funcionamiento de comedores comunitarios e implementar proceso de agricultura urbana*”, contenida en el plan de desarrollo 2008 – 2012 “*Bogotá Positiva*”, contratos con los que se buscó por parte de la Administración garantizar la continuidad del funcionamiento de los comedores comunitarios que para la época operaban en la localidad de Fontibón y que prestaban servicio de alimentación y nutrición a población en condición de vulnerabilidad concretada en 1830 usuarios, a quienes según lo pactado, además de brindarles el alimento, se les realizaba seguimiento nutricional y eran capacitados en actividades formativas de inclusión social, de acuerdo con los lineamientos técnicos dados por la Secretaria Distrital de Integral Social – SDIS.

Adujo que a partir de los objetos contractuales de dichos convenios se tiene que lo pretendido o lo buscado con la celebración de los mismos, correspondió al impulso de un programa y/o actividad de interés público dirigida a brindar una atención integral a personas o familias vulnerables en situación de inseguridad alimentaria y nutricional en comedores comunitarios, garantizándoles el acceso sin barreras y oportuno en cantidad, calidad e inocuidad de los alimentos, así como el acceso a los servicios sociales básicos y a la articulación a procesos integrales a través del desarrollo de acciones pertinentes para promover la inclusión social de esa población.

Sostuvo que tal como se mencionó en los fallos disciplinarios, las entidades sin ánimo de lucro se comprometieron a (i) fortalecer los comedores comunitarios para la prestación del servicio de alimentación de buena calidad, cumpliendo con las condiciones técnicas mínimas, según decreto 3075 de 1997; (ii) ofrecer a la población participante (1830 personas), raciones alimentarias en las cantidades contratadas y con el valor nutricional determinado en el contrato, cumpliendo no solo las condiciones higiénicas sanitarias para el funcionamiento de un servicio de

alimentación, sino además unos componentes de inclusión social, administrativo técnico nutricional y sanitario, para lo que debían seguir unos lineamientos dados por la SDIS en el proyecto IPSAN “*INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y NUTRICIONAL*” y (iii) acatar las observaciones que le formulara la otra parte a través del interventor.

Señaló que dicha contratación no conllevó a una liberación o desprendimiento de una carga funcional a cargo de la alcaldía local, como tampoco una contraprestación directa entre la administración y las ESAL, dado que se evidenció que en la ejecución de la misma no se dio un intercambio de bienes y servicios, sino el desarrollo de una actividad de interés público.

En ese sentido, anota que si bien en los contratos se fijó el cumplimiento de unas obligaciones y el seguimiento por parte de las entidades sin ánimo de lucro de unos parámetros dados por la SDIS como ejecutoras, ello no comporta “*precisas instrucciones*” y por ende no se configuró la exclusión establecida en el numeral 5° del artículo 2 del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de ese mismo año, como lo infirió el ente sancionador, en la medida que dichas imposiciones obedecen a la necesidad y a los deberes que recaen en la administración pública de asegurar el control de los recursos públicos asignados para la ejecución de lo pactado para así garantizar el cumplimiento de unos estándares adecuados para la prestación del servicio en los comedores comunitarios y, en tal virtud, no era posible endilgarle o tipificarle a la actora en su condición de Alcaldesa Local de Fontibón la trasgresión del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por la celebración de los contratos mencionados, como lo hizo la Personería.

Señaló que las exigencias contempladas en los Decretos 777 y 1403 de 1992, fueron cumplidas a cabalidad en los citados negocios jurídicos, como se evidencia de las pruebas obrantes en la actuación, pues, constan por escrito, se celebraron con entidades sin ánimo de lucro idóneas, se pactaron unas actividades en pro de una comunidad vulnerable para impulsar un programa y/o actividad de interés público con el

fortalecimiento y funcionamiento de comedores comunitarios que operaban en la Localidad de Fontibón, en concordancia con el proyecto de “*INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y NUTICIONAL – IPSAN*” y los proyectos de “*Bogotá bien alimentada, componente Comedores Comunitarios*” y “*Garantizar la permanencia y funcionamiento de comedores comunitarios e implementar proceso de agricultura urbana*”.

Explicó que a dichos contratos únicamente le son aplicables las disposiciones y restricciones contenidas en las normas que le sirvieron de fundamento y, por ende, su análisis debe darse bajo tal régimen y no a luz del estatuto general de contratación, como lo realizó la Personería de Bogotá al proferir la respectiva sanción, endilgándole a la actora una falta tipificada en la norma en blanco, contenida en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, estructurada en lo señalado en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y la consecuente vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva, razón por la cual, los actos administrativos sancionatorios demandados, así como la conducta enjuiciada es atípica, incurriéndose en la causal de falsa motivación.

Argumentó que tal como se menciona en los fallos disciplinarios, en virtud de lo dispuesto en la Circular 007 de 2007 y en los Decretos 101 y 341 de 2010, la Secretaria de Gobierno del Distrito informó a los Alcaldes Locales y abogados de los Fondos de Desarrollo Local que para la suscripción de los convenios a que hacía referencia el artículo 1º del Decreto 341 de 2010, se requería autorización previa y escrita de dicha entidad, siendo que la demandante el 11 de abril de 2011, solicitó la autorización para la celebración del contrato de apoyo para el impulso de programas de interés público con la fundación sin ánimo de lucro SENARCOL, para lo cual remitió formato de certificado de idoneidad, evaluación técnica, invitación a presentar propuesta, la oferta presentada con los soportes respectivos, los estudios previos y la minuta del contrato de apoyo, razón por la cual a través de oficio del 20 de abril de 2011, se le efectuaron unas observaciones, en el sentido que precisara el plazo del contrato, eliminar de los documentos soportes y de la propuesta económica la contrapartida, aclarar la experiencia del ejecutor, indicar quien adelantaría la

interventoría, allegar el anexo técnico aportado por la Secretaría Distrital de Integración Social, especificar cuáles eran las obligaciones especiales y/o generales, corregir en la minuta del contrato la palabra contratista y asociación debido a que en ese tipo de contratos debía referirse a coejecutor y a contratos de apoyo, habiéndose expedido la autorización para la celebración del mismo el 29 de abril de 2011.

En ese sentido, considera que la revisión y el análisis efectuado a la documentación soporte del contrato No.058 de 2011, por parte de dicha entidad en cumplimiento del deber asignado por el Decreto 341 de 2010 –, para emitir la autorización en forma previa y escrita a la Alcaldesa Local de Fontibón no fue formal, sino de fondo y vinculante, pues en las observaciones se le pidió corregir aspectos sustanciales especiales para la celebración de contratos de apoyo, razón por la cual no es posible desconocer u obviar que en razón y con ocasión de dicha autorización la actora procedió a suscribir el contrato citado, en la medida que la misma le permitió entender que dicha contratación cumplía con todas las normas previstas en el ordenamiento jurídico para ese tipo de negocios jurídicos.

Mencionó que si en gracia de discusión se admitiera además que puede darse una interpretación restrictiva de la facultad de asociación con esas organizaciones, en el sentido que los convenios exclusivamente pueden realizarse siempre y cuando ello no implique el desarrollo de un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, como lo consideró la Personería al momento de imponer la sanción disciplinaria a la actora, lo cierto es que ante estas dos posibles interpretaciones debe considerarse la aplicación del principio pro homine, que ha sido entendido como una garantía de protección de la dignidad humana frente aquellas situaciones en las que existan dos definiciones posibles de disposiciones jurídicas, que exige a los jueces preferir aquella que más favorezca a la persona.

De otra parte, indicó que en relación con la aplicación e interpretación de las normas que fundamentaron los contratos objeto de reproche, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia del 30 de mayo de 2017, al resolver la consulta realizada por el Ministerio del Interior sobre contratos de asociación y de apoyo, señaló que las entidades

públicas en virtud de lo establecido en el artículo 355 constitucional pueden celebrar dichos contratos con los siguientes requisitos: “1. Que se utilicen los recursos de los respectivos presupuestos. 2. Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro. 3. Que se realicen con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público y 4. Que tales programas y actividades estén acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo”.

Así mismo, anotó que en la sentencia del H Consejo de Estado, proferida dentro del proceso 11001-03-25-000-2012-00357, el 25 de enero de 2018, dicha corporación judicial estudió un caso donde los hechos investigados y las normas estimadas como infringidas en el proceso disciplinario, son similares al que aquí nos ocupa, providencia en la que resaltó que en la facultad sancionatoria por la celebración de contratos de interés público, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Que en materia de vulneración de principios que rigen la contratación estatal, se debe precisar de manera clara y concreta en qué consiste la falta disciplinaria.
- b) Que el operador disciplinario debe precisar si el negocio jurídico que cuestiona, se rige por las normas del estatuto general de contratación o tiene un régimen particular.
- c) Que en caso de endilgar como violado un principio, debe establecerse la disposición normativa que los desarrolla y el régimen aplicable al caso particular.
- d) Que el principio de selección objetiva si bien constituye un verdadero deber, su desarrollo debe corresponder al régimen al que se encuentre sometido el respectivo convenio, es decir, que no opera igual para todos los casos, en razón a que varía dependiendo de la normatividad aplicable al negocio jurídico concreto.
- e) Que el principio de selección objetiva en materia de convenios de interés público se concreta en garantizar que éste se suscriba con una entidad sin

ánimo de lucro de reconocida idoneidad (inciso 4° artículo 1 Decreto 777 de 1992 modificado por el Decreto 1403 de 1992).

Por su parte, anotó que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, en sentencia del 28 de noviembre de 2017, ha enfatizado que se debe indicar, tanto el tipo de contrato celebrado, como la normatividad a la que está sometido el mismo, para efectos de entrar a determinar la tipicidad de la respectiva conducta, así:

“107. Es por ello que la propia Constitución, artículo 355-2, establece la necesidad de determinar el objeto, términos, obligaciones de las partes, aportes y la coordinación del convenio, que para el caso concreto se erigen en requisitos esenciales de esta modalidad de contratación, exigencias que de acuerdo con la constatación verificada aparecen cumplidas satisfactoriamente.

108. Sin duda, dicha norma afirma la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes en la tramitación y configuración de los convenios. Y ello es así porque deben sujetarse a los requisitos y formalidades legales para la contratación entre particulares, contenidos, desde luego, en el derecho privado, pues la integración normativa por vía de remisión también está limitada por causales taxativas, como aparece reconocido por la jurisprudencia al referirse a los convenios de interés público:

El Decreto 777 de 1992 ni sus decretos complementarios contemplan una cláusula general de remisión al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Únicamente se hace una referencia al Decreto Ley 222 de 1983, a fin de que puedan incluirse cláusulas exorbitantes (art. 1o inc. 1o del Decreto 777 de 1992). Y ello tiene un claro sustento teleológico: si la especialidad del régimen de los convenios de interés público se fundamenta en la preponderancia de la autonomía de la voluntad de las partes, pilar fundamental del régimen obligacional y contractual privado, no habría lugar para una cláusula de integración normativa abierta e ilimitada con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, por cuanto éste, como cuerpo normativo perteneciente al derecho público, terminaría por convertirse en regla general, dejando en el vacío la connotación especial del régimen autónomo previsto en el art. 355 de la Constitución”.

En ese sentido, anotó que dichas decisiones constituyen un referente aplicable al presente caso, en la medida que se absolvió a una alcaldesa local condenada en primera instancia por hechos idénticos a los que se sancionó disciplinariamente a la aquí demandante y en consecuencia, hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, por cuanto fueron expedidos con falsa motivación y con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, contenidas en el artículo 355

Constitucional y sus decretos reglamentarios 777 de 1992 y su modificadorio 1403 de 1992.

De otra parte, frente a la prescripción de la sanción disciplinaria respecto del Contrato 058 de 2011, alegada por la parte demandante, anota que el Consejo de Estado ha determinado que el término de prescripción de cinco (5) años establecido con anterioridad a la modificación realizada por la Ley 1474 de 2011 para adelantar la acción disciplinaria debe ser contado a partir del día de la consumación de la falta hasta la expedición del fallo disciplinario de primera o única instancia y no hasta la promulgación del fallo de segunda instancia, razón por la cual no operó dicho fenómeno jurídico, pues la ocurrencia de los hechos fue el 29 de abril de 2011, fecha desde la cual se empezó a contabilizar el término prescriptivo y el fallo disciplinario de primera instancia fue proferido el 16 de abril de 2015, esto es, antes del vencimiento de los 5 años, con los que contaba el operador disciplinario para adelantar la actuación, los cuales fenecían el 29 de abril de 2016.

Por último, solicitó negar las pretensiones relacionadas con el pago solicitado por concepto de reparación del daño moral y material, como quiera que si bien los testigos JOSE RICARDO MORERA AFANADOR (hijo), ALBERTO MORERA ROJAS (ex esposo) y BLANCA DILIA MORENO TORO (amiga), adujeron que la actora y su familia han pasado por muchas dificultades con ocasión del proceso disciplinario adelantado en su contra y la sanción a ésta impuesta, ello por sí solo no demuestra en forma cabal o es prueba suficiente de la materialización del daño reclamado en la demanda.

V. CONSIDERACIONES.

5.1 HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.1.1 ANTECEDENTES DEL PROCESO DISCIPLINARIO.

5. 1.1.1. Memorando No. 20110920004413 del 11 de abril de 2011 (fls. 4 y 5) por medio del cual la Alcaldesa Local de Fontibón solicitó a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá, autorización para suscribir el contrato de Apoyo No. 058 de 2011, para el impulso de programas de interés público, de conformidad con el Decreto 777 de 1992, con la Fundación Senderos de Armonía Colombiana SENARCOL para la ejecución del proyecto 325 de 2011, para *“Garantizar la permanencia y funcionamiento de comedores comunitarios e implementar procesos de Agricultura Urbana, Componente: Comedores comunitarios cuyo objeto consiste en operar el servicio de apoyo alimentario y nutricional – atención integral de personas en situación de inseguridad alimentaria y nutricional en comedores comunitarios de Fontibón centro, sabana grande, villa Andrea y Villa Carmenza.”*

5.1.1.2. Memorando No. 20113810248763 del 20 de abril de 2011, a través del cual la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá, informó a la Alcaldesa Local de Fontibón las observaciones para la autorización del mencionado contrato (Fls. 6 y 7).

5.1.1.3. Memorando No. 20110920004843 del 25 de abril de 2011, suscrito por la Alcaldesa Local de Fontibón, por el cual corrigió la anterior solicitud, de acuerdo con las observaciones efectuadas por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá (Fls. 1 a 3).

5.1.1.4. Memorando No. 20113810257003 del 29 de abril de 2011, por el cual el Despacho de la Secretaría Distrital de Gobierno informó a la Alcaldesa Local de Fontibón que verificada la documentación remitida y de conformidad con el Decreto 341 de 2010 y la Circular 007 de 2011, se autorizaba la celebración del contrato de Apoyo e impulso de programas y actividades de intereses público entre el fondo de Desarrollo Local de Fontibón y la Fundación de Armonía Colombiana SENARCOL (Fl. 8).

5.1.2 DEL PROCESO DISCIPLINARIO.

5.1.2.1 Auto No. 77 del 22 de enero de 2013, por el cual el Personero Delegado para Asuntos Disciplinarios IV, dio apertura a la indagación preliminar en los términos del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, por presuntas irregularidades de la Alcaldesa Local de Fontibón en la ejecución de los contratos 058-2011 y 053-2012. (Fls. 10 y 11).

5.1.2.2 Auto No. 693 del 19 de marzo de 2014, por medio del cual se abrió formalmente investigación disciplinaria en contra de la Doctora Betty María Afanador García, en calidad de Alcaldesa Local de Fontibón, con el fin de investigar los hechos puestos de presente por la Doctora Tanía América González Millares relativos a las presuntas irregularidades en los contratos 058 de 2011 y 053 de 2012 (fls. 12 a 16).

5.1.2.3 Auto No. 352 del 24 de marzo de 2015, (Fls. 17 a 46), a través del cual se formuló pliego de cargos en contra de la Servidora Pública Betty María Afanador García, en su condición de Alcaldesa Local de Fontibón para la Época de los hechos, por presuntas irregularidades en la ejecución de los contratos de apoyo de actividades de interés público Nos. 058-2011 y 053 -2012, por desconocimiento de los principios del estatuto contractual de las entidades públicas

5.1.2.4 Auto No. 1432 de 16 de diciembre de 2015, (fls. 47 a 106), por el cual el Personero Delegado para Asuntos Disciplinarios IV, de la Personería de Bogotá declaró como probados y no desvirtuados los cargos primero y segundo formulados a la Doctora Betty María Afanador García y por lo tanto la declaró disciplinariamente responsable y le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por un término de 12 años.

5.1.2.5 Resolución No. 510 del 30 de junio de 2016 (Fls. 108 y 134), por medio de la cual la Personera de Bogotá confirmó el fallo sancionatorio No. 1432 del 16 de diciembre de 2015, emitido por el Personero Delegada para Asuntos Disciplinarios IV.

5.1.2.6 Oficio No 2016IE6249 del 25 de julio de 2016, por medio de la cual el Profesional Especializado 222-07 de la Secretaría Común -

Asuntos Disciplinarios de la Personería de Bogotá solicitó al Jefe de la Oficina Jurídica efectuar el registro de la sanción impuesta a la actora (fl. 135).

5.1.2.7 Resolución No. 045 del 31 de agosto de 2016, por la cual el Alcalde Mayor de Bogotá ordenó la ejecución de la sanción disciplinaria impuesta por la Personería de Bogotá D.C. a la actora en su calidad de Representante Legal del Fondo de Desarrollo Local y Alcaldesa Local de Fontibón (fls. 136 y 137), la cual le fue comunicada el 31 de agosto de 2016 (Fl. 138).

5.1.3 OTRAS DOCUMENTALES.

5.1.3.1. Medio magnético contentivo de la historia laboral de la señora Betty María Afanador García (fls. 201).

5.1.3.2. Constancia de la conciliación prejudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 5° Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.1.4. TESTIMONIALES.

CD contentivo de las declaraciones rendidas ante el Despacho el 9 de marzo de 2020 por los señores JOSE RICARDO MORERA AFANADOR, ALBERTO MORERA ROJAS y BLANCA DILIA MORENO TORO, tendientes a demostrar los perjuicios morales sufridos por la actora con ocasión de la sanción impuesta.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 27 de noviembre de 2019 (fls. 268), el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si se ajustan o no a derecho los fallos disciplinarios Nos. 1432

del 16 de diciembre de 2015 y 510 del 30 de junio de 2016, proferidos por la Personería de Bogotá, mediante los cuales se declaró responsable disciplinariamente a la señora BETTY MARÍA AFANADOR GARCÍA, en su calidad de Alcaldesa Local de Fontibón y se le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por un término de doce (12) años.

5.3. CARGOS FORMULADOS.

La presente demanda se estructura bajo tres cargos principales, a saber: i) falsa y ausencia de motivación ii) ilicitud sustancial y iii) desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso de la actora, razón por la cual el Despacho analizará las censuras expuestas estudiando en primer término la relativa al desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso de la actora sustentado en el acaecimiento de la prescripción de la facultad sancionatoria respecto del contrato 058 de 2011, para luego estudiar conjuntamente los cargos de falsa y ausencia de motivación y de ilicitud sustancial, por guardar estrecha relación entre sí.

5.3.1. Del desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso.

Argumenta el apoderado de la actora que los hechos debatidos en el proceso disciplinario ocurrieron con anterioridad al 12 de julio de 2011 y, en ese sentido, los procesos disciplinarios que a dicha fecha estuvieran en curso y aun aquellos que no se hubieran iniciado, pero que se refieren a circunstancias anteriores a la expedición de la Ley 1474 de 2011, debían regirse por el término previsto en el artículo 30 de dicho estatuto, que corresponde a 5 años, contados a partir del día de la consumación de los hechos cuando son instantáneos o desde la realización del último acto, cuando estos son de tracto sucesivo, sin que se haya concluido el proceso respectivo sin decisión de mérito.

En ese sentido, afirma que en el presente caso se configuró la prescripción de la acción disciplinaria respecto del contrato 058 del 29 de abril de 2011, la cual debió declararse en el fallo, ordenándose el archivo del expediente, pues el término de 5 años contado desde su celebración vencía el 29 de abril de 2016 y el fallo de segunda instancia fue proferido

el 30 de junio del mismo año, por lo que la decisión solo ha debido cobijar al contrato 053 de 2012.

Sobre la aplicación de la prescripción de la sanción disciplinaria, el Consejo de Estado se pronunció en Sentencia del 1 de agosto de 2018, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez¹, en los siguientes términos:

*“(…) en la sentencia de 29 de septiembre de 2009 proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según la cual, dentro del término de cinco (5) años establecido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 –sin la modificación realizada por la Ley 1474 de 2011-, **la autoridad disciplinaria competente solo debe proferir y notificar el fallo de primera o única instancia.***

En ese orden argumentativo, bajo la vigencia del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sus dos subsecciones, ha aplicado la tesis decantada por la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009.

(…)

De conformidad con las conclusiones expuestas en el presente acápite, respecto de los elementos esenciales que deben ser tenidos en cuenta para la contabilización de prescripción de la acción disciplinaria, a continuación, la Sala se permite esquematizar el referido asunto, así:

ELEMENTOS DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 734 DE 2002 Y LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.	
PLAZO	- 5 años –para faltas comunes-. - 12 años para faltas de especial gravedad.
INICIO DE CONTABILIZACIÓN DEL PLAZO	Para las faltas de agotamiento instantáneo - Desde el cometimiento de la conducta Para las faltas de agotamiento continuado - Desde el cometimiento de la última conducta.
FORMA DE CONTABILIZACIÓN	Independiente para cada una de las conductas investigadas en un mismo proceso disciplinario.
INTERRUPCIÓN DEL TERMINO	Con la expedición y notificación de los fallos de primera o única instancia.
CONSECUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN	Pérdida de la competencia para sancionar.

Aclarados los aspectos relevantes que regulan la prescripción de la acción disciplinaria, se concluye que para resolver el caso objeto de estudio debe aplicarse el precedente jurisprudencial expuesto por la

¹ NO. 250002342000201306148 01 (0491-2017) demandante: Ricardo Mosquera Meza, demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación y Universidad Nacional de Colombia

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009, por ser esta la interpretación correcta del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, contrario a lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en consecuencia, procederá la Sala a estudiar el caso concreto, teniendo en cuenta el material probatorio que obra en el expediente Se resalta”.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el contrato 058 suscrito entre la Alcaldesa Local de Fontibón y la Fundación Senderos de Armonía Colombiana –SENARCOL, lo fue el **29 de abril de 2011** (Fl. 18) y el fallo disciplinario de primera instancia se profirió el **16 de diciembre de 2015** (Fl. 47), esto es, con anterioridad al vencimiento de los 5 años que contemplaba la Ley 734 de 2002 para que operara el fenómeno de prescripción de la acción disciplinaria, asistiéndole la razón tanto a la entidad demandada como a la Agente del Ministerio Público cuando afirman que en el proceso disciplinario adelantado en contra de la demandante no operó la prescripción de la acción respecto de contrato de marras y, en consecuencia, el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad, pues no se advierte la violación de los derechos al debido proceso y de defensa de la demandante.

5.3.2. Falsa y ausencia de motivación e ilicitud sustancial.

Indicó el apoderado de la demandante que la Personería de Bogotá de manera equivocada consideró que en la suscripción de los contratos 058 de 2011 y 053 de 2012, de apoyo a las actividades de interés público a través de la modalidad contractual, establecida en el artículo 355 de la Constitución Política, no se reunieron las formalidades y requisitos legales, desconociéndose los principios de transparencia y selección objetiva que regulan la contratación estatal, lo cual contradice de entrada que los mismos se encuentran regulados por el inciso segundo del citado artículo 355 Constitucional, tipo de contratación en que la administración pública puede celebrar contratos con las entidades sin ánimo de lucro siempre que se cumplan ciertos requisitos.

Al respecto, en el Auto 352 del 24 de marzo de 2015 (Fls. 20 a 43), por medio del cual se formuló pliego de cargos en contra de la actora en su condición del Alcaldesa Local de Fontibón para la época de los hechos,

dentro del proceso disciplinario No. IE 19657-2012, se advierte que el mismo se encuentra sustentado en que ésta suscribió los contratos de Apoyo de actividades de interés público Nos. 058 de 2011 y 053 de 2012, con la Fundación Senderos de Armonía Colombiana – SENARCOL y la Fundación Chinos y Colombianos Unidos para Nutrir, *respectivamente*, sin verificar las exclusiones de que trata el artículo 2° del Decreto 777 de 1992, norma que fue adicionada por el numeral 5°, del artículo 3° del Decreto 1403 del mismo año, reglamentarias del artículo 355 Constitucional, sin que se reunieran las formalidades y requisitos legales, al parecer con desconocimiento de transparencia y selección objetiva que regulan la contratación estatal.

De acuerdo con lo anterior, corresponde al Despacho analizar el sentido y alcance de las normas que sirvieron de sustento a la susodicha contratación para determinar si como lo dice la parte demandante la entidad demandada realizó una equivocada interpretación de las mismas.

El artículo 355 de la Constitución Política, dispone:

“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

*El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.** El Gobierno Nacional reglamentará la materia” (Negrillas fuera del texto original).*

El mencionado artículo se encuentra actualmente reglamentado por el Decreto 092 del 23 de enero de 2017, norma que comenzó a regir el primero de junio de 2017, derogando expresamente en su artículo 11, los Decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993; sin embargo, como quiera que estos últimos se encontraban vigentes al momento de la celebración de los contratos 058 de 2011 y 053 de 2012, el estudio efectuado por el Despacho se realizará bajo dicha normatividad.

El Decreto 777 de 1992, “Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, en su artículo 1° disponía:

“Artículo 1°. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

<Inciso subrogado por el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros² aquellos contratos que celebren la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades descentralizadas pertenezcan al orden nacional, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales.

<Inciso subrogado por el inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”.

Conforme con normativa transcrita, los contratos celebrados en aplicación del artículo 355 de la Constitución Política solo pueden suscribirse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, entendiendo esta última como la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto del contrato.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° ibídem, se excluyen del campo de aplicación del mencionado Decreto “5. <Numeral adicionado por el artículo 3°. del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:>

² El artículo 2° del Decreto 2459 de 1993, “Por el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, estableció: **“Artículo 2°.** Los contratos a que se refiere este Decreto que celebren la Nación o los establecimientos públicos nacionales no requerirán de la aprobación del Consejo de Ministros”.

Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta [...] (negrilla fuera del texto original).

En relación con la citada normativa, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en providencia del 20 de mayo de 2017, Consejero Ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, en los siguientes términos:

(...)

En relación con la exclusión del régimen de los contratos de apoyo de los contratos que implican una contraprestación directa a favor de la entidad pública, contemplada en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 777 de 1992, la Sección Primera expresó lo siguiente:

*Finalmente queda por señalar que los contratos a que se refiere el inciso 1° del artículo 2° del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), **distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro**, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquéllos sean excluidos por el mismo artículo 2° acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición”.*

*La Sala se ha pronunciado en varias oportunidades, sobre la reglamentación de los contratos de apoyo, contenida en el Decreto 777 de 1992 y sus modificatorios. Así, por ejemplo, en el Concepto No. 1129 del 16 de septiembre de 1998 se refirió a la característica de que las entidades públicas de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal **pueden celebrar dichos contratos “con recursos de los respectivos presupuestos” y deben tener como fin impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. En el evento que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, no constituyen contratos de apoyo**, sino que se encuentran excluidos del régimen de estos, por disposición del numeral 1° del artículo 2° del citado decreto.*

Sostuvo la Sala en el Concepto No. 1129 de 1998:

*“El término **recursos**, de que trata la norma constitucional del artículo 355, no tiene un sentido restrictivo sino que concuerda con el concepto de **bien público** que, como tal, es el que se daría mediante contrato de comodato a una entidad privada sin ánimo de lucro y de*

reconocida idoneidad para impulsar programas de interés. El Diccionario de la Lengua Española señala como acepciones de dicho término: ‘5.pl. Bienes, medios de subsistencia. 6. Conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa ...’ Y Manuel Ossorio en su ‘Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales’, luego de advertir que la voz pluralizada **recursos** adquiere otros significados, le da a ella el de: Bienes de toda índole.

Hecha la anterior precisión acerca de la concordancia existente entre los conceptos de recurso y bien público, conviene sintetizar lo hasta aquí expuesto con el fin de armonizarlo con el caso que se consulta. El artículo constitucional 355 - inciso 2º faculta a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para que con recursos propios de sus presupuestos celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, **con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público**. El decreto 777 de 1992, al reglamentar la norma mencionada, dispone en su artículo 1o. que los contratos realizados con base en el citado precepto (C.N. art. 355 - inc.2o.) deberán constar por escrito, sujetarse a los requisitos y formalidades previstos por la ley para la contratación entre particulares y que a esos contratos podrán incluirse las cláusulas **‘exorbitantes previstas en el decreto 222 de 1983’**, hoy en día cláusulas excepcionales al tenor de la ley 80 de 1993”.

Y en punto a los contratos de apoyo apoyo de programas y actividades de interés público, establecidos por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 con sus modificatorios, determinó que tienen las siguientes características generales:

“(..)

1. Deben constar por escrito (art. 1º Decreto 777/92).
2. Se deben sujetar a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, y la normativa del citado decreto (art. 1º ib.).
3. Pueden incluir las cláusulas exorbitantes o mejor, excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias (art. 1º ib.).
4. Se deben celebrar con recursos de los respectivos presupuestos, y por tanto, deben contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal antes de la celebración del contrato, y después, con el Registro Presupuestal (arts. 7º y 14 ib.).
5. Se deben celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, entendida esta como “la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato” (art. 1º inciso tercero ib., modificado por el art. 1º

Decreto 1403/92). Entidades constituidas por lo menos con seis (6) meses de antelación a la celebración del contrato, con su personería jurídica vigente y cuya duración no sea inferior al término del contrato y un (1) año más (arts. 12 y 13 ib.).

6. Se deben realizar con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público (art. 1° ib.).

7. Tales programas y actividades deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo (art. 355 Constitución).

8. Si el contrato es celebrado por una entidad descentralizada, debe contar con la autorización del representante legal de la entidad territorial respectiva o su delegatario en materia contractual (art. 4° ib., modificado por el art. 4° Decreto 1403/92). La misma autorización se requiere cuando una entidad fiduciaria deba celebrar el contrato por cuenta de una entidad pública (art. 5° Decreto 1403/92).

9. Se deben pactar garantías adecuadas de manejo y cumplimiento (art. 5° ib.).

10. Un interventor debe verificar la ejecución y cumplimiento del contrato (art. 6° ib.).

11. No hay vínculo laboral entre la entidad pública y el personal del contratista (art. 8° ib.).

12. En caso de incumplimiento del contratista, la entidad pública puede dar por terminado unilateralmente el contrato y exigir el pago de los perjuicios (art. 15 ib.).”

Ahora bien, sea lo primero precisar que si bien tanto el fallador de primera como en el de segunda instancia afirman en repetidas oportunidades que la actora celebró **convenios de asociación**, no se pudo perder de vista que en el auto de imputación de cargos se anotó que su responsabilidad podía verse comprometida por suscribir **los contratos de apoyo** de interés público Nos. 058 de 2011 y 053 de 2012 y en los fallos disciplinarios se consideró que no se cumplió lo dispuesto en los **Decretos 777 y 1403 de 1992 – normas que regulan los contratos de apoyo-**, por lo que es dable colegir que usar la expresión “*convenios de asociación*” es un error puramente formal, y, por ende, el caso se decidirá bajo la normatividad que regula los contratos de apoyo, como así también lo consideró la Agente del Ministerio Público al señalar que “...*si bien la Personería en la construcción de los fallos disciplinarios hace referencia a convenios de asociación, para endilgar la respectiva responsabilidad, se basó en la normatividad aplicable a los contratos de apoyo de actividades de interés público...*”.

Establecido lo anterior, el Despacho verificará si los contratos 058 de 2011 y 053 de 2012, celebrados por la Alcaldesa Local de Fontibón con las Fundaciones Senderos de Armonía Colombiana – SENARCOL y Chinos y Colombianos Unidos para Nutrir, *respectivamente*, cumplen las formalidades de los Contratos de Apoyo, o por el contrario, están inmersos en la exclusión prevista en el numeral 5° del artículo 2° del Decreto 777 de 2002, adicionado por el artículo 3° del Decreto 1403 de 1992, como lo sostuvo la entidad demandada en el proceso disciplinario adelantado en contra de la demandante, bajo el radicado No. IE-19657-2012.

Sobre el particular, obra en el expediente el Memorando No. 20110920004413 del 11 de abril de 2011 (fls. 4 y 5), mediante el cual la Alcaldesa Local de Fontibón solicitó a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Gobierno Distrital autorización para la suscripción **del contrato de Apoyo 058 de 2011**, con la Fundación Senderos de Armonía Colombiana SENARCOL con el objeto de **impulsar programas de interés público, de conformidad con el Decreto 777 de 1992** y ejecución del proyecto 325 de 2011, para *“Garantizar la permanencia y funcionamiento de comedores comunitarios e implementar procesos de Agricultura Urbana, COMPONENTE: Comedores comunitarios cuyo objeto consiste en operar el servicio de apoyo alimentario y nutricional – atención integral de personas en situación de inseguridad alimentaria y nutricional en comedores comunitarios de Fontibón centro, sabana grande, villa Andrea y villa Carmenza”*.

Posteriormente, por medio del Memorando No. 20113810248763 del 20 de abril de 2011, dicha entidad informó a la Alcaldesa Local de Fontibón las observaciones para la autorización del mencionado contrato, orientadas a generar el certificado SICE, precisar el plazo del contrato, eliminar los documentos soportes de la exigencia de la contrapartida, señalar la experiencia del ejecutor, indicar quién adelantaría la interventoría del contrato, allegar el anexo técnico de la Secretaría Distrital de Integración Social, especificar las obligaciones especiales y generales del contrato, el contratista denominarlo como ejecutor y la

palabra asociación remplazarla por un contrato de apoyo (Fls. 6 y 7).

Por lo anterior, a través del Memorando No. 20110920004843 del 25 de abril de 2011 (Fls. 1 a 3), la Alcaldesa Local de Fontibón corrigió la anterior solicitud, de acuerdo con las observaciones efectuadas por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Gobierno Distrital e igualmente indicó que el proyecto 325 de 2011, tenía por objeto lograr que las personas y las familias en sus diversidades múltiples y en territorios multidimensionales de Bogotá gocen de seguridad alimentaria y nutricional, sin barreras al acceso oportuno, en cantidad, calidad e inocuidad de los alimentos y garantizar a los participantes el acceso a los servicios sociales básicos y a la articulación a procesos integrales, desarrollando las acciones pertinentes para promover la inclusión social de los participantes de los comedores comunitarios, con el fin de preservar el derecho a la alimentación, en el marco de la institucionalización de la Política Pública de Seguridad Alimentaria y Nutricional.

En ese sentido, por medio de Memorando No. 20113810257003 del 29 de abril de 2011, la Secretaría Distrital de Gobierno informó a la Alcaldesa Local de Fontibón que verificada la documentación remitida y de conformidad con el Decreto 341 de 2010 y la Circular 007 de 2011, le **autorizaba la celebración del contrato de Apoyo e impulso de programas y actividades de intereses público entre el fondo de Desarrollo Local de Fontibón y la Fundación de Armonía Colombiana SENARCOL** (Fl. 8).

Como puede verse, para la celebración del referido contrato, la actora se encontraba amparada por la autorización dada por la Secretaría de Gobierno Distrital, pues como bien lo anotó la Agente del Ministerio Público en su concepto, la revisión y el análisis efectuado por parte de dicha entidad en cumplimiento del deber asignado a través del Decreto 341 de 2010, para aprobar previamente la celebración de contratos de apoyo, no fue formal como lo sostiene la entidad demandada en los fallos disciplinarios **sino de fondo y vinculante**, pues en el memorando 20113810248763 del 20 de abril de 2011, se solicitó corregir aspectos

sustanciales especiales para dicha contratación, tales como i) quién adelantaría la interventoría ii) obligaciones, iii) certificado de idoneidad y experiencia del coejecutor, iv) anexo técnico expedido por la Secretaría de Integración Social y v) el plazo de ejecución.

En ese sentido, no es posible desconocer que con ocasión de dicha autorización la actora procedió a suscribir el contrato citado, en el entendido que cumplía con todas las normas previstas en el ordenamiento jurídico para ese tipo de negocios jurídicos, amén que contó con la aprobación de la abogada del Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y fue aprobado por el entonces asesor jurídico de la demandante.

Ahora bien, del expediente administrativo que reposa en medio magnético a folio 255 del plenario, se observa que en los contratos “**DE APOYO A ACTIVIDADES DE INTERES PÚBLICO**” 058 de 2011 y 053 de 2012, se dispuso como objeto contractual “...Operación de cinco comedores comunitarios: Fontibón Centro, Sabana Grande, San Pablo, Villa Andrea, y Villa Carmenza. **14)** Que de conformidad con la formulación del proyecto, la propuesta es coherente con el objeto del proyecto. **15)** Que el presente Contrato de Apoyo regirá bajo las siguientes cláusulas: **CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO:** Ejecutar acciones bajo el servicio de Apoyo Alimentario y Nutricional - Atención Integral a Personas en Situación de Inseguridad Alimentaria y Nutricional en Comedores Comunitarios de Fontibón Centro, Sabana Grande, Villa Andrea, Villa Carmenza y San Pablo que permitan lograr que las personas y las familias en sus diversidades múltiples y en territorios multidimensionales de Bogotá gocen de seguridad alimentaria y nutricional, sin barreras al acceso oportuno, en cantidad, calidad e inocuidad de los alimentos; de igual manera garantizar a los participantes el acceso a los servicios sociales básicos y a la articulación a procesos integrales desarrollando las acciones pertinentes para promover la inclusión social de las personas y familias participantes en los Comedor Comunitarios, con el fin de garantizar el derecho a la alimentación, en el marco de la Institucionalización de la Política Pública de Seguridad Alimentaria y Nutricional, de acuerdo con la formulación del proyecto, estudios previos y la propuesta presentada”.

A su vez, en la Cláusula Segunda de cada uno de los contratos, se estipularon las obligaciones relacionadas con las raciones alimentarias en las cantidades contratadas, recomendaciones diarias de calorías y

nutrientes, las condiciones higiénicas sanitarias para el funcionamiento del servicio, los lineamientos técnicos, los componentes técnico nutricional y sanitario, el número de personas y comedores a atender, el tipo de alimentación a proporcionar y los componentes de desarrollo y las normas del Distrito a que debía sujetarse el Ejecutor.

Así mismo, se señaló la necesidad de contratar un operador para continuar con el funcionamiento de los comedores comunitarios de la localidad de Fontibón que se encontraban en operación con recursos del Fondo de Desarrollo Local para la atención de 1830 personas en estado de vulnerabilidad, en razón a que se contaba con los recursos suficientes para atender esa necesidad, de conformidad los certificados de disponibilidad presupuestal Nos. 452 del 24 de febrero de 2012 por \$1.439.489.650, (contrato 053 de 2012) y Nos. 488, 489, 490, por \$1.649.577.120,00 con fecha del 9 de Marzo de 2011 (Contrato 058 de 2011) y así ejecutarse el proyecto No. 0325 de 2011.

Lo anterior, aunado a que el Decreto 101 de 2010, facultó a los Alcaldes Locales para contratar, ordenar los gastos y pagos con cargo al presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local, de acuerdo con la estructura establecida en el Plan de Desarrollo Local que estaba vigente.

En ese sentido, es dable concluir que Alcaldesa Local de Fontibón vio la necesidad de contratar un operador para continuar con el funcionamiento de los comedores comunitarios de la localidad de Fontibón, razón por la cual celebró los contratos de apoyo para el impulso de programas y actividades de interés público Nos 058 de 2011 y 053 de 2012, con las Fundaciones sin ánimo de lucro Senderos de Armonía Colombiana – Senarcol y Chinos Colombianos Unidos Para Nutrir, *respectivamente*, teniendo en cuenta que dentro del Plan de desarrollo Local de las vigencias 2009-2012, se encontraba el proyecto No. 0325 de 2011, que buscaba garantizar la permanencia de dichos comedores comunitarios y así lograr un apoyo a diferentes personas y familias en estado de vulnerabilidad, garantizando su acceso a los servicios sociales básicos y a la articulación a procesos integrales para promover su inclusión social, en el marco de la institucionalización de la Política Pública de seguridad

alimentaria y nutricional, amén que contaba con los recursos del Fondo de Desarrollo local suficientes para atender esa necesidad, de conformidad con los certificados de disponibilidad presupuestal para cada periodo fiscal.

En consecuencia, si bien tal como se dijo anteriormente y se consideró en los fallos disciplinarios objeto de discusión, la actora dio precisas instrucciones a las mencionadas fundaciones, determinando taxativamente las obligaciones que debían ejecutar, lo cierto es que ello por sí solo no modifica la naturaleza de los contratos celebrados, pues era su deber pactar garantías adecuadas de manejo y acatamiento, debiendo el interventor verificar la ejecución y consecución de cada uno de ellos, aspecto que también fue exigido por la Secretaría de Gobierno Distrital para autorizar la celebración del contrato No. 058 de 2011, en el memorando No. 20113810248763 del 20 de abril de 2011 (Fls. 6 y 7), sin que se evidencie que existiera contraprestación recíproca entre la Administración Distrital y las fundaciones mencionadas.

En ese sentido, esta Juzgadora comparte los argumentos expuestos por la Agente del Ministerio Público al rendir concepto, en el sentido que dicha contratación no conllevó un intercambio de bienes y servicios, sino el desarrollo de una actividad de interés público y si bien en cada uno de los contratos se fijó el cumplimiento de unas obligaciones y el seguimiento de las mismas, ello no comporta "*precisas instrucciones*", para de allí concluir que estaban inmersos en la exclusión establecida en el numeral 5° del artículo 2° del Decreto 777 de 1992, como equivocadamente lo afirmó la Personería de Bogotá, en los fallos objeto de control judicial.

Así las cosas, en virtud de lo contemplado en el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 777 de 1992, los contratos Nos. 058 de 2011 y 053 de 2012, celebrados por la demandante buscaban precisamente garantizar la continuidad del funcionamiento de los comedores que operaban en la localidad de Fontibón, prestando el servicio de alimentación y nutrición a la población más vulnerable, lo que sin lugar a equívocos se constituye en el impulso de un programa de interés público, encontrándose relevada la señora Betty María Afanador García

del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993 y 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, propios de la contratación estatal.

Aunado a lo anterior, si bien como se señaló en el auto de apertura de indagación preliminar, inicialmente la actora suscribió el Contrato 058 de 2011, con la Fundación Chinos y Colombianos Unidos para Nutrir, con el propósito de garantizar la permanencia y funcionamiento de los comedores comunitarios ubicados en la localidad de Fontibón, el cual fue autorizado por la Secretaría de Gobierno Distrital, lo cierto es que ante el incumplimiento del ejecutor celebró el contrato 053 de 2012, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 777 de 1992, que dispone que en los contratos con entidades sin ánimo de lucro celebrados para impulsar programas y actividades de interés público, podrán darse *“por terminados unilateralmente y exigir el pago de los perjuicios a que haya lugar, cuando éstas incurran en incumplimiento de sus obligaciones contractuales”* y, en ese sentido, continuó con la prestación del servicio de alimentación y nutrición de 1800 personas en estado de vulnerabilidad, en desarrollo del proyecto 325 de 2011, que se mantuvo para la vigencia 2012.

En consecuencia, dado que los contratos de apoyo Nos. 058 de 2011 y 053 de 2012, suscritos por la Alcaldía Local de Fontibón con las Fundaciones Senderos de Armonía Colombiana SENARCOL y Chinos y Colombianos Unidos para Nutrir, *respectivamente*, se efectuaron conforme a lo establecido en el artículo 355 constitucional, regulado por el Decreto 777 de 1992, no era dable que la Personería de Bogotá endilgara el desconocimiento de las normas generales de contratación previstas en la Ley 80 de 1993 y menos la vulneración de los principios de selección objetiva y transparencia, pues tampoco estaba obligada a efectuar alguna de las modalidades de selección contempladas en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, como lo sostiene la Personería de Bogotá en los fallos disciplinarios.

Al respecto, es importante precisar que el Decreto 777 de 1992, no estableció requisitos mínimos respecto de la solicitud de propuestas o de la cantidad de oferentes que debían participar en procesos contractuales,

por lo que el principio de selección objetiva se concreta en el caso de contratos de apoyo, únicamente en garantizar que se suscriba con una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, tal como lo dispone el inciso 4° del artículo 1° de dicho estatuto.

En este sentido, es dable mencionar que solo hasta la expedición del Decreto 092 de 2017, se establecieron reglas para la selección del contratista cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad en contratos de apoyo, lo que permite colegir que para el momento de ocurrencia de los hechos, no existía obligación alguna de solicitar múltiples propuestas.

Así las cosas, esta juzgadora comparte el criterio expresado por la Agente del Ministerio Público según el cual los fallos sancionatorios se expedieron con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, incurriéndose en la causal de falsa motivación, pues a los contratos de apoyo suscritos por la demandante únicamente le eran aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 355 Constitucional y sus Decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992 que les sirvieron de fundamento y, por ende, la conducta investigada por la accionada debió hacerse bajo tal régimen y no a luz del estatuto general de contratación, como lo realizó la Personería al proferir la respectiva sanción, endilgando a la actora la falta tipificada en la norma, contenida en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002 y recurriendo para su estructuración a lo señalado en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, amén de la atipicidad de la conducta enjuiciada.

Sobre un caso de similares características al que aquí se discute, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 25 de enero de 2018, Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández³, señaló:

“... no es posible endilgar la comisión de una falta disciplinaria por el desconocimiento de los principios que rigen la contratación estatal de manera ambigua, pues se requiere

³Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00357-00(1358-12) Actor: MARTHA ISABEL URIBE ESCOBAR Demandado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

precisar en qué consiste la falta disciplinaria de manera clara y concreta.

Es decir que en los casos en los que se pretenda endilgar la falta en la que se fundamentaron los fallos disciplinarios se debe o bien hacer referencia al desconocimiento directo de un precepto constitucional o de una de las reglas que desarrollan los principios que rigen la contratación estatal.

(...)

Como se puede observar, el deber de selección objetiva en el Decreto 777 de 1992 que desarrolla las reglas relativas a los convenios de interés público, se concretó en la selección de un contratista con reconocida idoneidad y nada se estableció respecto de la pluralidad de oferentes.

Es necesario poner de presente que hasta una fecha muy reciente, esto es, hasta la expedición del Decreto 092 de 2017, se establecieron reglas para la selección del contratista cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. Es más, en dicha reglamentación se permite prescindir de un proceso competitivo en algunos casos puntuales. Ello implica que para el momento de ocurrencia de los hechos, no existía obligación alguna de solicitar múltiples propuestas.

(...)

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se observa que en el caso concreto los fallos proferidos por la Procuraduría son ilegales.

(...)

En ese sentido, al analizar los fallos disciplinarios se observa que el fundamento de la sanción se concretó en las reglas de los artículos 23 a 29 de la Ley 80 de 1993 y en el desarrollo de la modalidad de contratación directa para los negocios jurídicos que se rigen por el estatuto general de contratación de la administración pública, esto es, el Decreto 855 de 1994, el cual no le es aplicable al caso concreto.

*En consecuencia, se observa que la Procuraduría incurrió en un grave error, pues **sustentó el pliego de cargos y los fallos disciplinarios a partir de las normas propias del estatuto, sin tener en consideración el régimen especial del convenio** suscrito por el INSTITUTO SECCIONAL DE SALUD DEL QUINDÍO, con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL QUINDÍO y con la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE BIENESTAR COBIENESTAR, **con lo cual incurrió en una causal de nulidad, pues se profirieron con desconocimiento de las normas en que deberían fundarse. (...)**".*

Y sobre la falsa motivación en los actos administrativos disciplinarios dicha Corporación Judicial el en providencia del 23 de enero de 2020, Magistrado Ponente: Dr. William Hernández Gómez, manifestó:

“En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la categoría de la tipicidad, pues es en este elemento de la estructura de la responsabilidad en donde converge la imputación fáctica con la imputación jurídica, cuestión que permitirá no solo saber si la falta es gravísima, grave o leve, sino determinar con toda claridad si la conducta se adecuó o no al respectivo tipo disciplinario. En síntesis, la falsa motivación en materia disciplinaria se puede dar, entre otros eventos, por una defectuosa imputación típica, lo que implicaría desconocer, al mismo tiempo, el principio de legalidad”.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto para el Despacho es claro que los fallos disciplinarios demandados fueron expedidos con falsa motivación y con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, contenidas en el artículo 355 constitucional y sus decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992 y, en consecuencia, se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos acusados.

Bajo estos supuestos, se declarará la nulidad de los actos administrativos Nos. 1432 del 16 de diciembre de 2015 y 510 de del 30 de junio de 2016, proferidos por el Personero Delegado para Asuntos Disciplinarios IV y la Personera de Bogotá, *respectivamente*, por medio de los cuales se declaró disciplinariamente responsable a la señora Betty María Afanador García y fue sancionada con destitución e inhabilidad general por un término de 12 años.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada a que cancele de sus registros la sanción disciplinaria impuesta a la señora BETTY MARÍA AFANADOR GARCÍA, anotación que fue efectuada con ocasión del proceso disciplinario adelantado en su contra bajo el radicado No. IE-19657-2012.

5.4. De los perjuicios morales y daños a la vida de relación reclamados en la demanda.

Solicita el apoderado de la demandante que se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales y los daños a la vida de relación sufridos por la señora Betty María Afanador García.

Sobre la procedencia del reconocimiento de perjuicios morales, el H. Consejo de Estado en Sentencia N° 52001-23-31-000-2006-00268-01 de 10 de julio de 2014, C.P, Dr. Gerardo Arenas Monsalve, señaló:

“Para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, la Corporación ha indicado que es necesario arribar al convencimiento del Juez de que existió un padecimiento que le fue causado con ocasión de la sanción y la publicidad que de ella se hizo, para que este funcionario, dentro de su discrecionalidad judicial, determine el dolor sufrido, la intensidad de la congoja, el derecho vulnerado, la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse en la situación generada por la sanción) para que, una vez valorado, haga la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto y ello es justamente lo que no emerge del acervo probatorio, circunstancia que conduce a la Sala a revocar el reconocimiento de la indemnización ordenada por concepto de perjuicios morales.” (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, para demostrar los perjuicios morales sufridos por la demandante con ocasión de la sanción disciplinaria que le fue impuesta por la Personaría de Bogotá, en diligencia llevada a cabo el día 9 de marzo de 2020, se receptionaron las declaraciones de los señores José Ricardo Morera Afanador, Alberto Morera Rojas y Blanca Dilia Moreno Toro, el primero hijo de la demandante, el segundo ex esposo y la última amiga de esta (Fls. 278 y 279).

Sobre el particular, analizadas dichas declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica, es de advertir que no conllevan a esta juzgadora al convencimiento pleno del daño moral sufrido por la demandante como consecuencia de la decisión que aquí se impugna, pues se encaminaron a demostrar la deficiente situación económica en que quedó la familia luego de la destitución de aquella como Alcaldesa de la Localidad de Fontibón.

En ese sentido, el señor José Ricardo Morera narró las angustias que el padeció en el exterior donde adelantaba estudios, al no contar con el dinero suficiente que le aportaba la demandante, pero no hizo referencia a las aflicciones de esta, hecho que condujo al Despacho a advertirle que el objeto de la prueba no era demostrar las angustias que hubo de soportar sino las sufridas por su señora madre.

Por su parte, el señor Alberto Morera Rojas, narró el estado de salud en que se encontraba al momento de la sanción y el soporte y acompañamiento que recibió de la actora en esos duros momentos por los que atravesaba, en tanto que la señora Blanca Dilia Moreno Toro, mencionó que por casi dos (2) años, la demandante no recibía visitas ni llamadas telefónicas.

Así las cosas, esta juzgadora acoge la solicitud formulada por el apoderado de la entidad demandada y por la señora Agente del Ministerio Público de no acceder al reconocimiento de los perjuicios morales, pues las declaraciones de los testigos no revisten entidad suficiente para acceder al reconocimiento de los mismos y menos aún a los daños a la vida de relación, por carencia de soporte probatorio.

Por último, advierte el Despacho que si bien al momento de alegar de conclusión, el apoderado de la parte actora señala que los perjuicios materiales ascienden a la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000) equivalentes al promedio de los ingresos por concepto de salarios que ha podido percibir como profesional, lo cierto es que sobre dichos perjuicios no se realizó pretensión alguna en el libelo demandatorio, pues a los mismos se aludió en el acápite de estimación razonada de la cuantía para determinar la competencia, amén que no se aportó prueba alguna que permita acreditarlos.

5.5.COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad de los actos administrativos Nos. 1432 del 16 de diciembre de 2015 y 510 de del 30 de junio de 2016, proferidos por el Personero Delegado para Asuntos Disciplinarios IV y la Personera de Bogotá, *respectivamente*, por medio de los cuales se declaró disciplinariamente responsable a la señora Betty María Afanador García y fue sancionada con destitución e inhabilidad general por un término de 12 años, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se dispone **ORDENAR** a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C. efectuar la cancelación en sus registros de la sanción disciplinaria impuesta a la señora BETTY MARÍA AFANADOR GARCÍA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.795.539, de destitución e inhabilidad general por un término de 12 años, en virtud de los fallos disciplinarios 1432 del 16 de diciembre de 2015 y 510 de del 30 de junio de 2016.

TERCERO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin costas a cargo de la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C.

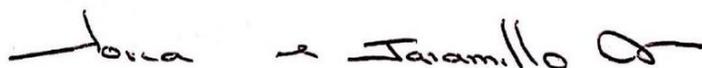
QUINTO: A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

SEXTO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

SÉPTIMO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

LM

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 25 de hoy 10 de julio de 2020 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria