



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C. diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

SE. 049

Radicado: 110010325000201100502 00 (1938-2011)

Actor: Sandra Patricia Salazar Achinte

Demandado: Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹, que se tramitó en virtud de demanda interpuesta por la señora Sandra Patricia Salazar Achinte en contra de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones².

DEMANDA³

¹ Vigente para la época de la demanda.

² En adelante CAPRECOM.

³ Ff. 41-56.

La señora Sandra Patricia Salazar Achinte, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de los actos administrativos sancionatorios de primera y segunda instancia del 24 de junio y 12 de octubre de 2010 respectivamente, expedidos por la demandada en el proceso disciplinario radicado 1247, con los cuales destituyó e inhabilitó para ejercer funciones públicas por el término de 13 años a la señora Sandra Patricia Salazar Achinte.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad pagar las siguientes sumas de dinero:

- Perjuicios morales: El valor equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por la angustia generada con ocasión de la sanción en comento.

- Daño a la vida de relación: La suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes en razón a la afectación a la vida familiar y social padecida una vez impuesta la sanción.

- Perjuicios patrimoniales por lucro cesante: Solicitó el reconocimiento de \$100.000.000 de pesos, cifra que calculó por el término de cinco años que durará el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y en el cual dejará de percibir dinero.

3. Se condene en costas a la parte demandada y se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentos fácticos

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones⁴:

1. El día 11 de julio de 2007, en su condición de directora de Caprecom Regional Cauca, la señora Sandra Patricia Salazar Achinte fue vinculada a la investigación disciplinaria con radicado 1247, por incurrir en presuntas irregularidades en la contratación celebrada en los años 2006 y 2007.

⁴ Ff. 43 y 44.

2. Las inconsistencias fueron encontradas durante la realización de un proceso de control interno y auditoría consignado en actas de fechas 27, 28 y 29 de abril de 2007. A este informe se agregó otro del 18 de julio de 2007 en el que se denunciaban las mismas anomalías.

3. El día 7 de noviembre de 2009 la demandada profirió pliego de cargos en contra de la actora. Posteriormente el 24 de junio de 2010 se expidió la decisión disciplinaria de primera instancia y se destituyó e inhabilitó por el término de 13 años a la señora Salazar Achinte. Este acto fue confirmado mediante proveído del 12 de octubre de 2010.

4. La decisión sancionatoria fue demasiado rigurosa y no tuvo en cuenta la buena conducta de la demandante. A su vez, ocasionó un daño a la vida de relación, perjuicio moral y psicológico tanto a ella como a sus hijos Juan David Benítez Salazar y María Isabella Benítez Salazar.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 59 y 60 de la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001, el Decreto 173 de 1993 y el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

Los cargos endilgados contra los actos administrativos demandados son los siguientes:

i) Se vulneró el debido proceso porque la auditoría en la que se fundamentó la decisión no tiene una naturaleza técnica. La demandante explicó que esta se encuentra cargada de aseveraciones de carácter subjetivo y juicios de valor del grupo de control interno, empero no se aportaron los debidos soportes documentales.

A renglón seguido expuso que con la auditoría no se probó la existencia de irregularidades en las etapas precontractual, contractual y poscontractual como tampoco que hubiese faltado a sus deberes y que, con ello, se hubiese ocasionado un perjuicio patrimonial a CAPRECOM. Agregó que no puede ser responsable por asuntos meramente formales del proceso contractual, en tanto que para esto existía una asesoría jurídica, administrativa y financiera que acompañaba el proceso.

La accionante citó textualmente los razonamientos plasmados en el escrito de apelación interpuesto ante la entidad enjuiciada que también hacían alusión a la auditoría efectuada.

Así, advirtió que esta no determinó las competencias funcionales en el tema contractual, tampoco señaló la forma correcta en que debían adelantarse las etapas contractuales e, igualmente, desconoció que en el proceso intervienen varios funcionarios integrantes de un comité de contratación respecto de los cuales también debió indagar su responsabilidad, máxime cuando se perdieron soportes documentales de las etapas de la contratación.

ii) Desconocimiento del principio de la carga de la prueba. En este punto la señora Salazar Achinte citó de nuevo los argumentos expuestos en el recurso de apelación incoado ante la autoridad disciplinaria.

De forma específica hizo alusión a lo señalado por la entidad demandada en la decisión sancionatoria, quien adujo que la carga de la prueba estaba en cabeza del disciplinado, ante la imposibilidad de practicar la prueba testimonial por no conocer la ubicación de los testigos. Al respecto expresó que tal afirmación vulneró el contenido del artículo 128 de la Ley 734 de 2002 que impone esa obligación al Estado, máxime cuando la información de los declarantes hacían parte de la base de datos de la entidad.

Así mismo, consideró que se quebrantó la norma mencionada al exigirse a la disciplinada, que demostrara las falencias alegadas en la auditoría realizada por la oficina de control interno.

iii) La sanción impuesta es demasiado rigurosa y desproporcionada, toda vez que no se tuvo en cuenta para su graduación el buen comportamiento de la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que los actos enjuiciados se expidieron de acuerdo con la ley y las faltas disciplinarias fueron debidamente probadas. Sobre los hechos expresó que no son ciertos y agregó que, además de la auditoría, existían otras pruebas que demostraron la responsabilidad de la señora Salazar Achinte.

En su defensa manifestó que actuó conforme las competencias asignadas por la Ley 734 de 2002 y que no existe argumento en la demanda que pueda desvirtuar la legalidad de los actos demandados. Así, adujo que no se vulneró el derecho de defensa porque: i) Las decisiones fueron debidamente motivadas y no se fundamentaron únicamente en el informe de auditoría del grupo de control interno de CAPRECOM, sino también en la

⁵ Ff. 286-310.

denuncia allegada por el conglomerado denominado «amigos de CAPRECOM» que daba cuenta de irregularidades en la contratación de la entidad y en otras pruebas allegadas al plenario; ii) se notificó de forma personal la apertura de investigación, el decreto de pruebas y el pliego de cargos, la accionante estuvo representada mediante abogado y refutó las probanzas aducidas en su contra, se efectuó pronunciamiento expreso sobre la nulidad y las pruebas solicitadas, y se analizaron todos los argumentos defensivos (citó textualmente el acto sancionatorio).

La demandada realizó un recuento de las razones por las cuales fue sancionada la demandante. Así, denotó que la señora Salazar Achinte incurrió en la falta gravísima consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en razón a que era responsable del proceso de contratación de CAPRECOM en la territorial del Cauca debido a la facultad que le fue delegada, pese a lo cual no acató la Resolución 2800 del 20 de noviembre de 2003 que adoptó el procedimiento a seguir en estos casos.

De esta forma, señaló que se evidenciaron irregularidades en los contratos firmados para la prestación del servicio de salud y el suministro de medicamentos durante los años 2006 y 2007, al verificarse que se celebraban sin el lleno de los requisitos legales, tales como términos de referencia, oferta, evaluación de propuestas, actas de adjudicación, entre otras. Además, mencionó que la señora Salazar Achinte no constituyó dentro de la entidad el comité de contrataciones y licitaciones con lo que desconoció la Resolución 2799 de 2003 que ordenaba su creación.

También aseveró que en la etapa de ejecución de los contratos la señora Sandra Patricia Salazar Achinte no justificó sus adiciones ni supervisó su ejecución, tampoco efectuó evaluación de su cumplimiento ni solicitó informes, entre otras funciones que le correspondían. Citó varias pruebas que tuvo en cuenta para fundamentar la imputación y la decisión, dentro de las que se encuentran las declaraciones de Carmen Elena Guerrero Ordoñez, María Eugenia Méndez Ángel, Ayda Inés Trochez, María Silena Mina Banguero. Igualmente, trajo a colación el Decreto 640 de 1997 en el que se consagraron las funciones que debía cumplir la actora y transcribió textualmente las normas de la Constitución Política de 1991, la Ley 80 de 1993, la Ley 734 de 2002 y el análisis realizado en el pliego de cargos.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **«Inexistencia del derecho».** Los actos gozan de validez y no procede su nulidad.
- **«Cosa juzgada administrativa».** Los actos sancionatorios se encuentran en firme y ejecutoriados, por tanto hicieron tránsito a cosa juzgada.
- **«Caducidad y prescripción de los derechos».** Los actos se expidieron hace más de cinco años y a la fecha de presentación de la demanda ya había caducado la acción⁶.

⁶ Sic: En la contestación de la demanda la entidad al proponer la excepción no diferenció los conceptos de caducidad y prescripción.

- **«Estabilidad del acto administrativo».** en razón a que no se han configurado las causales de decaimiento de sus efectos y las de revocatoria directa consagradas en los artículos 69 y siguientes y 152 del CCA.
- **«Acción administrativa en cumplimiento de un deber legal»**, la que fundamentó en que la entidad no actuó de forma caprichosa y, además, la Oficina de Control Disciplinario era competente para adelantar el trámite disciplinario, máxime cuando el artículo 414 del Código Penal tipifica como conducta delictiva del servidor público omitir un acto propio de sus funciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- Caja de Previsión Social de Comunicaciones⁷

La entidad demandada reiteró todos y cada uno de los argumentos defensivos expuestos en la contestación, sin exponer ninguno adicional.

- Sandra Patricia Salazar Achinte⁸

La demandante ratificó sus argumentos relacionados con que la auditoría que le fue realizada careció de objetividad y obedeció a apreciaciones subjetivas de quienes la practicaron. Añadió que no logró demostrarse que faltó al cumplimiento de sus deberes y, por el contrario, se acreditó que acató todas las formalidades exigidas en la contratación estatal.

De igual manera, aseveró que la mayoría de los cargos se refieren a la forma en que se autorizó el uso de los medicamentos para los pacientes, por lo que, si se concluye que en efecto se obviaron algunos requisitos, habrá que entenderse que la señora Sandra Patricia Salazar Achinte actuó amparada en la causal exonerativa de responsabilidad establecida en el ordinal 2.º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, ya que pretendió proteger un interés de mayor importancia que el sacrificado como lo es la salud.

También manifestó que se le quiere responsabilizar como si fuera la única encargada de velar por la contratación, sin tener en cuenta que ella era apoyada por un grupo

⁷ Ff. 347-365.

⁸ Ff. 366-376.

interdisciplinario (financiero, jurídico, auditor) en el cual delegó funciones y, por tanto, su actuación se justificó en el principio de la confianza legítima.

La demandante hizo alusión a la declaración que rindiera dentro del presente proceso la señora Carmen Elena Guerrero Ordoñez, prueba con base en la cual aseveró que no se acreditó su responsabilidad disciplinaria y, por el contrario, se demostró que el proceso administrativo sancionatorio tuvo como propósito su retiro del servicio. Añadió que es falso que la señora Guerrero Ordoñez testificara dentro del proceso disciplinario y que así lo corroboró al responder las preguntas que le hizo el Consejo de Estado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁹

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Adujo que en la auditoría que dio lugar al proceso sancionatorio no se presentaron anomalías y que la actuación previa al pliego de cargos permite establecer claramente que la demandante en el proceso de contratación no solicitó toda la documentación requerida y que tampoco efectuó la interventoría ni la liquidación de los contratos ni la selección objetiva de los contratistas.

El Ministerio Público manifestó que la autoridad disciplinaria dentro del trámite acató todos los requisitos formales y sustanciales, toda vez que describió la conducta, la adecuó a los cánones de prohibición y valoró los razonamientos jurídicos, por lo que no existió vulneración del debido proceso. Advirtió que al no existir afectación a este derecho, en la jurisdicción no puede realizarse un nuevo estudio de las consideraciones y de las pruebas, en tanto ello significaría actuar como una tercera instancia y desconocer la autonomía de la entidad demandada.

A su juicio, la parte actora no puede excusarse en el hecho de que su actuación propendía por la prestación del servicio de salud, ya que esa era la tarea principal de CAPRECOM y además, porque el cumplimiento de las normas contractuales hace más eficiente la labor administrativa encomendada.

Finalmente, expresó que aunque se demuestre la ilegalidad de la auditoría ello no es razón suficiente para declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, por cuanto la responsabilidad disciplinaria de la demandante se acreditó con otros medios de prueba, conforme lo permiten los artículos 130 y 131 de la Ley 734 de 2002. Añadió que dentro del proceso no se demostró la falta de competencia ni la violación del derecho de defensa.

⁹ Ff. 378-387.

CONSIDERACIONES

Pronunciamiento sobre las excepciones propuestas por la demandada

- Caducidad de la acción¹⁰

El derecho de acceso a la administración de justicia no es absoluto y, por ello, su ejercicio puede encontrarse limitado, legítimamente, al cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, la exigencia de que las acciones se incoen en forma oportuna, según los términos legalmente consagrados. Lo anterior, a efectos de evitar la incertidumbre que provocaría la facultad irrestricta de ventilar las controversias que se presentan en sociedad ante la jurisdicción en cualquier momento, lo que de bulto sería atentatorio del principio de seguridad jurídica.

Es por ello que en materia contencioso-administrativa se han contemplado diversos términos de caducidad que se aplican de acuerdo con la naturaleza de la acción ejercida. En el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el ordinal 2.º del artículo 136 del CCA dispone que «[...] caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe [...]»

En línea con esta disposición, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹ ha sostenido que cuando el acto impugnado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de carácter disciplinario, el término de caducidad se computa a partir del día siguiente del acto de ejecución de la sanción, lo que garantiza la protección efectiva de los derechos del disciplinado. Esto siempre que tal acto exista y que tenga relevancia frente a los extremos temporales de la relación laboral, en caso contrario el tiempo de

¹⁰ En la contestación de la demanda se denominó a esta excepción como «**caducidad y prescripción de los derechos**». Sin embargo para la Subsección es claro que la entidad se refería a la caducidad y que confundió este término con el de prescripción. Ello, toda vez que es ilógico pensar que la propia autoridad disciplinaria alegue la prescripción de la acción disciplinaria, en tanto que aceptaría que actuó sin competencia al momento de emitir la sanción. Además, porque es clara en señalar en la sustentación del medio exceptivo que a la fecha de presentación de la demanda ya habían caducado la acción. Así las cosas, esta es la interpretación que tendrá en cuenta la Sala para dilucidar este punto.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 25 de febrero de 2016, radicación: 11001-03-25-000-2012-00386-00 (1493-2012). Demandante: Rafael Eberto Rivas Castañeda. Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación.

caducidad debe contarse a partir de la ejecutoria del acto definitivo que culminó el proceso administrativo.

En el *sub examine* no se profirió acto administrativo de ejecución de la sanción disciplinaria¹². De acuerdo con ello, la caducidad de cuatro meses de la acción comenzaría a contar desde el día siguiente a la notificación de la decisión de segunda instancia que confirmó la sanción y que se expidió el día 12 de octubre de 2010. Así, toda vez que esta se notificó el día **26 de octubre de 2010**¹³ el término se cumpliría el **25 de febrero de 2011**, día en que la demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, celebrándose la audiencia el 23 de mayo de la misma anualidad¹⁴, luego se suspendió el término de caducidad por un lapso de 1 día.

Quiere decir lo anterior que el plazo para que la señora Salazar Achinte incoara la acción se vencía el 24 de mayo de 2011, fecha en que efectivamente presentó la demanda¹⁵, ajustándose así al término de que trata el ordinal 2.º del artículo 136 del CCA, por lo que no se configuró la caducidad de la acción.

- CAPRECOM también propuso las excepciones de **inexistencia del derecho, estabilidad del acto administrativo y acción administrativa en cumplimiento de un deber legal**, las cuales pretenden desvirtuar de manera directa los argumentos esbozados en la demanda para lograr la nulidad de los actos enjuiciados, por tanto se resolverán con el fondo de la controversia. En cuanto a la de cosa juzgada administrativa, se resolverá en el acápite de cuestiones preliminares al momento de estudiar lo relativo al control integral de la sanción disciplinaria.

Establecido lo anterior la Sala procede a estudiar el caso *sub examine*.

LOS CARGOS Y LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

El día 11 de julio de 2007, la Oficina de Control Interno de CAPRECOM ordenó, por considerar que de las probanzas recaudadas era probable determinar la existencia de faltas disciplinarias, la apertura de investigación en contra de la señora Sandra Patricia

¹² Si bien en el expediente obra la Resolución 02743 del 9 de noviembre de 2010 por medio de la cual la entidad ejecutó la sanción, lo cierto es que la demandante para dicha fecha ya no ocupaba el cargo, toda vez que renunció a este el día 2 de mayo de 2007, conforme consta en el registro de la hoja de vida visible en el folio 88 del cuaderno 1 de pruebas. Por tanto no es posible computar el término de caducidad desde la fecha de la ejecución de la sanción.

¹³ Folio 22 reverso del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 33 y 34 *ibidem*.

¹⁵ Folios 57 y 58 del cuaderno principal.

Salazar Achinte¹⁶. Posteriormente, la demandada efectuó la respectiva valoración de las pruebas y decidió, a través del Auto del 7 de noviembre de 2008, formular pliego de cargos en contra de la citada por haber incurrido presuntamente en el tipo señalado en el ordinal 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al desconocer los principios de la función administrativa, los fines de la contratación, los principios de transparencia, responsabilidad, perfeccionamiento del contrato y liquidación, contemplados en la Ley 80 de 1993, así como en las Resoluciones 2800 y 02797 de 2003, y en los Decretos 3512 de 2003 y 828 de idéntico año¹⁷, en la celebración de varios contratos..

El día 24 de junio de 2010 la parte demandada expidió decisión por medio de la cual sancionó a la hoy actora con destitución e inhabilidad general de trece años¹⁸. La demandante presentó recurso de apelación frente a la misma¹⁹, el cual se resolvió negativamente mediante acto del 12 de octubre de 2010²⁰.

En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio.

PLIEGO DE CARGOS -7 de noviembre de 2008-	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO
Primer cargo ²¹ : «[...] Usted SANDRA PATRICIA SALAZAR ACHINTE identificada (...) en su condición de Directora Territorial de la Regional Cauca, por Delegación permitida en la Resolución No 02797 del 20 de noviembre de 2003 (artículo primero), emanada de la Dirección General, suscribió durante los años 2006 y 2007, los contratos que a continuación se relacionan y dentro de los cuales presuntamente no se cumplió con los requisitos exigidos en la etapa PRECONTRACTUAL, incumpliendo lo establecido en las siguientes normas: Resolución 2800 procedimiento 1 numerales 1.2; 2.1; 4.1; 4.2; 4.3; 5.1; 5.3; Procedimiento 2 numerales 1.2; 2.1; 4.3; 4.1; 4.2; 5.1; 5.3; en concordancia con el artículo 22 de la Ley 80 de 1993; Artículo 15 Decreto 3512 de 2003; Artículo 1.º Ley 828 de 2003; Ley 580/00; Artículo 3.º del Decreto 2170/02, Artículo 1.º del Decreto Reglamentario 2788 de	Decisión de primera instancia del 24 de junio de 2010 ²⁸ : «[...] ARTÍCULO PRIMERO: SANCIONAR Disciplinariamente a la doctora SANDRA PATRICIA SALAZAR ACHINTE, identificada (...) con DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL DE TRECE (13) AÑOS. Al haber sido encontrada responsable disciplinariamente de los cargos imputados [...]». Decisión de segunda instancia del 12 de octubre de 2010: « [...] SEGUNDO: CONFIRMAR EN SU INTEGRIDAD, la providencia adiada el 24 de junio de 2010, por medio del cual se sancionó

¹⁶ Folios 75-79, cuaderno 2.
¹⁷ Folios 182-227 *ibidem*.
¹⁸ Folios 426-453 *ibidem*.
¹⁹ Folios 493-498 del cuaderno de pruebas 2.
²⁰ Folios 454-466 del cuaderno 2.
²¹ Folios 188-196 del cuaderno 2.

2004; Artículo 1.º del Decreto 2232 de 2005, lo anterior de conformidad con la inspección realizada a cada uno de los contratos²², inspección que fue ordenada (...) de los cuales se presume, no eran solicitados a todos los contratistas todos los documentos necesarios para llevar a cabo la contratación, entre otros requisitos, los cuales se encuentran establecidos, tanto en normas internas como externas. Acorde con el cargo formulado, se presume que la investigada SANDRA PATRICIA SALAZAR ACHINTE, violó las siguientes normas (...) NORMAS ESPECIALES: Código único Disciplinario- Ley 734 de 2002 “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 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 (sic: las mayúsculas y ortografía se transcriben textualmente) [...]» En este cargo se incluyeron como normas vulneradas los artículos 6.º, 123 inciso 2.º y 209 de la Constitución Política de 1991, los artículos 3.º, 22, 24, 26 y 41 de la Ley 80 de 1993, artículo 1.º de la Ley 828 de 2003, los artículo 1.º y 2.º de la Ley 598 de 2000, el artículo 15 del Decreto 3512 de 2003, los artículos 1.º, 6.º del Decreto 2788 de 2004 y el artículo 1.º del Decreto 0279 de 2003. Los cargos segundo y tercero se sustentaron en	disciplinariamente a la Dra. SANDRA PATRICIA SALAZAR ACHINTE identificada (...) con la destitución e Inhabilidad General de Trece (13) años [...]».
---	--

²⁸ Folios 426 a 453 del cuaderno 2.

²² Los contratos citados en el auto que profirió pliego de cargos y su respectiva fecha de suscripción son: 002 y 003 del 16 de enero de 2006; 008, 009, y 010 del 26 de enero de 2006; 011 del 1 de abril de 2006; 012 del 3 de enero de 2006; 014, 022 y 023 del 16 de enero de 2006; 030 del 26 de enero de 2006; 031 del 25 de enero de 2006; 037 y 040 del 16 de enero de 2006; 041 y 049 sin fecha de suscripción; 050 del 27 de enero de 2006; 076 del 16 de enero de 2006; 080 del 27 de enero de 2006; los contratos 195, 196 y 197 del 23 de junio de 2006; 226 del 5 de octubre de 2006; 232 del 17 de octubre de 2006; 245 y 246 del 7 de noviembre de 2006; los contratos 248, 249, 250 y 251 del 14 de noviembre de 2006; los contratos 266, 267, 274, 280, 281 y 282 del 1.º de diciembre de 2006; 3 del 15 de enero de 2007; 37 del 29 de marzo de 2007; 38, 39 y 40 del 2 de abril de 2007.

argumentos iguales a los expuestos, empero se refieren a la etapa contractual y poscontractual. La norma disciplinaria quebrantada en ambos es idéntica y la actuación recae sobre los mismos contratos referenciados para el cargo uno²³. La falta disciplinaria imputada también es la misma. Empero se le acusó de vulnerar, además de los principios del artículos 209 constitucional, los artículos 3, 24, 26, 41 y 60 de la Ley 80 de 1993, el artículo 1.º de la Resolución 2799 de 2003 y la Resolución 2800 de 2003 procedimientos uno numerales 6.3, 6.7, 6.10, 6.11 y el procedimiento 2 numerales 6.3, 6.7, 6.10 y 6.11²⁴. En el cargo cuarto a la demandante se le endilgó²⁵: «[...] no creó en esa Regional el Comité de Contratos y Licitaciones, con el fin de que el mismo evaluara la contratación realizada por la Regional durante los años 2006 y 2007, celebrando los contratos que a continuación se relacionan²⁶ sin dar cumplimiento a los requisitos legales necesarios para la selección objetiva del contratista, de conformidad con lo ordenado en el artículo primero y parágrafo tercero de la resolución No 02799 del 20 de noviembre de 2003 (sic: las mayúsculas y ortografía se transcriben textualmente) [...]» La falta disciplinaria imputada también es la consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 igual que en los cargos primero, segundo y tercero²⁷. Se le acusó de vulnerar los principios del artículo 209 constitucional, los artículos 3, 24, 26 y 58 de la Ley 80 de 1993, el artículo 1.º de la Resolución 2799 de 2003. Cargo quinto «[...] suscribió y celebró el 1 de diciembre de 2006 los contratos 280, 281 y 282,	
--	--

²³ Folios 200 a 218 del cuaderno 2.

²⁴ Folios 2009 y 210 *ibidem*.

²⁵ Folios 218 y 219 *ibidem*.

²⁶ Contratos 2, 3, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 22, 23, 30, 31, 37, 40, 41, 49, 50, 76, 80, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 266, 274, 280, 281 y 282 de 2006. Contratos 3, 37, 38, 39 y 40 de 2007 *ibidem*.

²⁷ Folio 221 *ibidem*.

todos ellos con idéntico objeto contractual, violando presuntamente los principios de la contratación y de la administración pública (sic: las mayúsculas y ortografía se transcriben textualmente) [...]» La falta disciplinaria endilgada también es la consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 igual que en los otros cargos. Específicamente señaló como quebrantadas las siguientes normas: artículo 209 constitucional y los artículos 24, 26 y 58 de la Ley 80 de 1993. -Los cargos se imputaron a título de culpa gravísima – falta gravísima - porque la disciplinada incumplió los deberes a los cuales estaba obligada como servidora pública.	
--	--

Estructura de la falta disciplinaria

El acto sancionatorio de primera instancia argumentó que la falta reprochada a la demandante está descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la cual se concretó así²⁹:

«[...] Que durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2006 a abril de 2007, la Dra. Sandra Patricia Salazar Achinte, con ocasión de la delegación antes mencionada, suscribió contratos a nombre de CAPRECOM en su condición de Directora Territorial y bajo dicha facultad celebró los contratos Nos. 2, 3, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 22, 23, 30, 31, 37, 40, 41, 49, 50, 76, 80, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 266, 267, 274, 280, 281, 282 de 2006 y 3, 37, 38, 39, y 40/07, todos ellos para la prestación de servicios de salud y suministro de medicamentos; para ello contrató con proveedores públicos y privados. De conformidad con las actas levantadas en virtud de la auditoría integral realizada en la Regional Cauca por el grupo interdisciplinario de Control Interno de Gestión de la entidad, se evidenciaron serias irregularidades en el proceso de contratación adelantado por la Regional, específicamente en los años 2006 y 2007; situación corroborada por el despacho con la inspección llevada a cabo a cada una de las carpetas contractuales allegadas al expediente, pues en dicha inspección se verificó que cada una de las etapas contractuales adolecía de requisitos sustanciales y elementales para una

²⁹ Folio 428 del cuaderno 2.

contratación ajustada a la ley (sic: la ortografía de todo el texto se transcribió de manera literal) [...]»

La falta fue imputada a título de culpa gravísima y respecto de la ilicitud sustancial se consideró brevemente que la señora Salazar Achinte, a través de las omisiones en que incurrió, desconoció la normatividad vigente para la época de los hechos, en especial la referida a la contratación estatal y los principios que la regulan, lo que a juicio del titular de la acción disciplinaria supone la aplicación del artículo 6 superior, relativo a la responsabilidad de los servidores públicos.

Comportamiento reprochado

El comportamiento reprochado a la demandante consistió en que, en su condición de directora territorial de CAPRECOM de la regional Cauca, suscribió durante los años 2006 y 2007 varios contratos para la prestación de servicios de salud y suministro de medicamentos³⁰, sin el cumplimiento de las formalidades exigidas y principalmente con la vulneración de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, los principios de transparencia y responsabilidad establecidos en los 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, los artículos 3.º, 22, 41 y 60 *ibidem*, el artículo 1.º de la Ley 828 de 2003, los artículos 1.º y 2.º de la Ley 598 de 2000, el artículo 15 del Decreto 3512 de 2003, los artículos 1.º y 6.º del Decreto 2788 de 2004 y el artículo 1.º del Decreto 0279 de 2003 y las Resoluciones 2800 de 200 y 2797 de igual año.

Adicionalmente, se le censuró por no haber creado el Comité de Contratos y Licitaciones, cuyo fin era la evaluación de la actividad contractual que realizara la entidad, en los términos exigidos por la Resolución 02799 del 20 de noviembre de 2003.

CUESTIONES PREVIAS

- Análisis integral de la sanción disciplinaria

³⁰ Los contratos citados en el auto que profirió pliego de cargos y su respectiva fecha de suscripción son: 002 y 003 del 16 de enero de 2006; 008, 009, y 010 del 26 de enero de 2006; 011 del 1 de abril de 2006; 012 del 3 de enero de 2006; 014, 022 y 023 del 16 de enero de 2006; 030 del 26 de enero de 2006; 031 del 25 de enero de 2006; 037 y 040 del 16 de enero de 2006; 041 y 049 sin fecha de suscripción; 050 del 27 de enero de 2006; 076 del 16 de enero de 2006; 080 del 27 de enero de 2006; los contratos 195, 196 y 197 del 23 de junio de 2006; 226 del 5 de octubre de 2006; 232 del 17 de octubre de 2006; 245 y 246 del 7 de noviembre de 2006; los contratos 248, 249, 250 y 251 del 14 de noviembre de 2006; los contratos 266, 267, 274, 280, 281 y 282 del 1.º de diciembre de 2006; 3 del 15 de enero de 2007; 37 del 29 de marzo de 2007; 38, 39 y 40 del 2 de abril de 2007.

La Sala Plena³¹ de esta corporación definió que el control que ejerce el juez de lo contencioso administrativo es integral, lo cual debe entenderse bajo los siguientes parámetros:

«[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) **La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley.** 5) Las irregularidades del demandante procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]»

El control de legalidad integral de los actos disciplinarios, así propuesto, conlleva implicaciones para el juez de lo contencioso administrativo, que lo habilitan para lo siguiente:

- Aunque en principio el análisis de la legalidad del acto demandado está enmarcado en las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto que el juez puede y debe examinar otras conexas con derechos fundamentales, con el fin de garantizar la primacía del derecho sustancial y optimizar la tutela judicial efectiva.
- Estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que sustentan la sanción. Así como verificar la valoración de la prueba, lo cual comprende: (i) el análisis acerca del acatamiento al derecho de audiencia y defensa; (ii) el respeto de los principios y reglas fijadas por la Constitución y la ley disciplinaria para el recaudo del material probatorio y; (iii) se debe comprobar si el acto fue debidamente motivado.
- Examinar que en la actuación disciplinaria se haya dado estricto cumplimiento a todos los principios rectores de la ley que rige la materia.

³¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de agosto de 2016, radicación: 1 10010325000201 100316 00 (121 0-11). Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz.

- Que la sanción disciplinaria corresponda a la gravedad de la falta y a la graduación que prevé la ley.
- Realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad de la ilicitud sustancial y de ser necesario, valorar los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional así como las justificaciones expuestas por el disciplinado.

Estas consideraciones son suficientes para resolver negativamente la excepción de cosa juzgada administrativa que propuso CAPRECOM, quien estimó que los actos sancionatorios se encuentran en firme y ejecutoriados. La excepción será desestimada pues, como se expuso, es indudable que los actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias son susceptibles de un control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 del CCA, como también lo es el amplio alcance que caracteriza esa competencia judicial.

- Régimen de contratación de CAPRECOM

Con anterioridad al planteamiento de los problemas jurídicos a resolver, la Subsección considera indispensable referirse al régimen de contratación de CAPRECOM, aspecto fundamental para el análisis del *sub examine*, toda vez que la sanción impuesta se fundamentó en la vulneración de los principios de la función administrativa y de la contratación estatal consagrados en los artículos 209 constitucional y 24 y 26 de la Ley 80 de 1993 respectivamente, así como en varias disposiciones legales que los desarrollaron, por lo que es necesario determinar si estas se aplican a CAPRECOM pese a que es una empresa industrial y comercial del Estado que, para la época de los hechos, operaba como EPS e IPS.

- Régimen jurídico de contratación de CAPRECOM

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones fue creada como establecimiento público mediante la Ley 82 de 1912 y, posteriormente, transformada en empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional a través de la Ley 314 de 1996, que en su artículo 1.º dispuso:

«[...] ARTÍCULO 1o. NATURALEZA JURÍDICA. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, establecimiento público creado mediante la Ley 82 de 1912, **se transforma en virtud de la presente Ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional**, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, **y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal, será el de las Entidades Públicas de esta clase**. Estará vinculada al Ministerio de Comunicaciones y la

composición de su Junta Directiva será la que señala la presente Ley [...]»
(Subraya fuera de texto).

Por su parte, la Ley 489 de 1998³², en el artículo 85 definió a las empresas industriales y comerciales del Estado como «[...] organismos creados por la ley o autorizados por ésta, **que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado**, salvo las excepciones que consagra la ley [...]». A su vez, en el artículo 93 fijó el régimen jurídico aplicable a los contratos que estas celebren, así:

«[...] ARTICULO 93. RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales [...]»

De esta manera, se especificó que i) Los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica se sujetan a las regulaciones del derecho privado y, ii) los contratos que ellas celebran para el cumplimiento de su objeto se sujetan al régimen del estatuto contractual de las entidades estatales. En lo que respecta al primero de los supuestos, el artículo 18 del Decreto 855 de 1994 precisó³³:

«[...] se consideran actos y contratos que tienen por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, entre otros, **la compraventa, suministro y arrendamiento de los bienes y servicios que constituyen el objeto de dichas entidades, así como los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios**, así como los relativos al mercadeo de sus bienes y servicios [...]» (Resalta la Sala).

Sobre este punto, la Corte Constitucional, con el propósito de aclarar en qué casos se aplica el régimen privado o público a las empresas industriales y comerciales del Estado, delimitó dos zonas a las que denominó positiva y negativa, así³⁴:

³² «[...] Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [...]».

³³ Aunque este concepto fue previsto en el artículo 18 del Decreto 855 de 1994 para efectos de entender la excepción consagrada en el artículo 24, numeral 1, literal m) referente a los casos en que procede la contratación directa, su contenido es perfectamente aplicable en el *sub examine* porque define con claridad cuáles actos y contratos tienen como objeto el cumplimiento de las actividades industriales y comerciales.

³⁴ Sentencias C-629 de 2003 y C- 992 de 2006.

«[...] **En ese orden de ideas, en la zona de certeza positiva aparecerían aquellos supuestos en los cuales no es posible acudir a la aplicación del régimen de derecho privado**; los que en la doctrina se han identificado con la realización de actividades de política pública o de actividades ejecutivas de policía o de fomento, pues se considera que éstas hacen parte de la reserva de administración pública y han de ser desarrolladas con la forma prevista en su garantía constitucionalmente explícita. **En la zona de certeza negativa aparecen aquellas actividades, generalmente de gestión económica o de producción de bienes (comerciales o industriales) que el Estado opta por desarrollar en competencia con agentes económicos particulares.** [...]»

Bajo tales parámetros, es claro que las empresas industriales y comerciales del Estado se rigen por las normas del derecho privado cuando ejercen actividades que se asimilan a las de los particulares o que compitan directamente con las desarrolladas por estos³⁵.

Al respecto la Sección Tercera de esta corporación expresó³⁶:

«[...] El sometimiento de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado se justifica, según lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala³⁷, en “la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores”, de tal manera que “... sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; (sic) que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. **Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan**

³⁵ En la sentencia C- 691 de 2007 la Corte Constitucional señaló: «[...] La Corte, en varias decisiones ha referido explícitamente al régimen jurídico que cubre los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado que, (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica³⁵, (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado³⁵, (iii) son entidades estatales sujetas a las normas del derecho público aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cubre ambas modalidades [...]».

³⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicación: 76001-23-31-000-2001-01009-01(31683) Actor: Sociedad a. Romero *Trading Corporation*. Demandado: Industria De Licores Del Valle. Referencia: Acción contractual.

³⁷ Sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 12.342, actor: Sociedad *Tronix Ltda.*, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, expediente 13.414.

alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes [...]» (Subraya la Sala).

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 314 de 1996 señaló que el objeto de CAPRECOM como empresa industrial y comercial del Estado es el de operar

[...] en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Prestadora de Salud (IPS), acorde con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, de tal forma que podrá ofrecer a sus afiliados el plan obligatorio de salud (POS) en los regímenes contributivo y subsidiado y planes complementarios de salud (PCS) en el régimen contributivo [...]

La Ley 100 de 1993 especificó en el artículo 179 que las entidades promotoras de salud «[...] prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales», y también permitió que, para racionalizar la demanda por servicios, podrían «[...] adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos».

La interpretación que se ha hecho jurisprudencialmente de estas normas ha determinado que el régimen jurídico aplicable a las EPS sea el previsto en las normas civiles y comerciales para la suscripción de los contratos relacionados con la prestación del servicio de salud. En ese sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de esta corporación así³⁸:

«[...] 11. En este sentido es menester iniciar por hacer algunas precisiones sobre el régimen jurídico aplicable al contrato, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del I.S.S., que en el caso concreto actuaba como Entidad Promotora de Salud.

12. Al respecto, debe señalarse que el régimen de seguridad social adoptado por la Ley 100 de 1993, específicamente respecto del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 275 **confirmó su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, con el agregado de que en lo atinente a los servicios de salud que prestara, actuaría como una entidad promotora - E.P.S.- y, en ciertos casos, como prestadora de servicios de salud -IPS-**, con jurisdicción nacional³⁹, de manera que en cuanto a su disciplina jurídica se aplicarían las normas generales correspondientes a esa fisonomía.

13. Quiere decir lo anterior que, para la fecha de los hechos que originaron el presente proceso, el régimen jurídico de contratación aplicable al Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.- es el previsto en las normas comerciales y civiles, es decir, el derecho privado, **al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en**

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 25.892.

³⁹ En la sentencia se señaló que la modalidad de sujeto público dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud que ostenta el ISS es la misma que la de CAPRECOM, conforme la Ley 314 de 1996.

cuyo artículo 179 indicó que “las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales”, y que para racionalizar la demanda por servicios, podrían “adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos”.

(...)

En suma, el régimen jurídico aplicable al contrato sub iudice es el previsto en las normas comerciales y civiles, al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. Igualmente, la doctrina nacional ha sostenido que, en el marco de dicha ley, para la prestación del servicio de salud se previeron regímenes especiales de contratación de las E.S.E., E.P.S., A.R.S. y A.R.P.⁴⁰.

16. Idéntica postura se plasmó en otra sentencia, también del 29 de octubre del 2012, en la que en el marco de una relación entre un particular y otra E.P.S. estatal, en este caso del orden departamental de Cundinamarca, se evaluó el cumplimiento de las cláusulas del contrato, caso en el cual, valga aclarar, también se allegó un documento suscrito por las partes que contenía las obligaciones correlativas que se consideraban desconocidas⁴¹ [...]

Esta postura fue ratificada con la expedición de la Ley 1122 de 2007 por medio de la cual «[...] se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones [...]». En efecto, el artículo 45 de dicha norma dispuso «[...] Las Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado [...]», es decir, el régimen privado, conforme lo determinó el ordinal 6.º del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 al señalar que estas últimas «[...] En materia contractual se regirá por

⁴⁰ En la cita de la sentencia que se transcribe se aclara que este punto fue tomado de los siguientes textos «[...] Cita original: MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La Nueva Estructura de los Procesos Selectivos en la Contratación Estatal, Ediciones Nueva Jurídica, 2009, Bogotá, p.p. 360 y 361. En igual sentido, SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés. Contratación Estatal y Contratación en Salud del Estado Colombiano. Biblioteca Jurídica Fernando Hinestrosa Vol. 3, Universidad Externado de Colombia, 2009, Editorial Ibáñez, p.p. 390 y 391. Esta última autora, sostiene: “Para la celebración de contratos de compraventa de servicios de salud, como se señaló antes el procedimiento será el de contratación directa que es la forma como proceden los particulares de acuerdo con las normas del derecho privado. // Lo anterior, por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 priman las disposiciones especiales contenidas en la Ley 10 de 1990 y Ley 100 de 1993 sobre la Ley 80 de 1993 que es norma general en cuanto a la actividad contractual del Estado”. Dicho entendimiento fue confirmado con la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007 que en su artículo 45 prescribió: “RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE EPS PÚBLICAS. Las Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado”. Valga referir que las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado se denominan, actualmente, Entidades Promotoras de Salud (EPS), según lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 131 de 2010 [...]».

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2013, expediente 23438.

el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública [...]».

Lo expuesto permite concluir que, independientemente de su condición de empresa industrial y comercial del Estado, a CAPRECOM se le aplica el régimen de contratación propio de las Empresas Sociales del Estado, esto es, el privado, como quiera que su objeto es el de cumplir funciones propias de una EPS.

No obstante lo anterior, el hecho de que existan contratos exceptuados del régimen de contratación estatal que se regulen por el derecho privado no significa que estos sean ajenos a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, establecidos respectivamente en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política. Por el contrario, a lo largo del *iter* contractual debe haber pleno sometimiento a ellos bajo el entendido de que, en todo caso, la actividad de contratación del Estado es tan solo un medio para lograr la satisfacción de los fines estatales⁴², la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, tal y como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993⁴³.

Por tal motivo, aunque en aquellos casos no resulte aplicable el régimen de contratación estatal, el desarrollo de la actividad contractual del Estado sigue siendo una manifestación del ejercicio de la administración pública y de la gestión fiscal por lo que deviene obligatoria la sujeción a los principios que las regulan a efectos de evitar decisiones caprichosas, negligentes o parcializadas que atenten contra el interés general y la teleología que desde la Constitución Política se ha trazado dentro del Estado social y democrático de derecho.

En relación con la aplicación de estos principios a contratos estatales regidos por el derecho privado, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha precisado⁴⁴:

⁴² «ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.» Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

⁴³ En este sentido, la sentencia del 17 de marzo de 2010 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera (exp. 18.394) señaló que «[...] los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.)⁴³, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.)»

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 25.892. También ver la sentencia del 26 de junio de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Proceso 17001233100019990093401 (27390).

«[...] 18. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala debe recordar que la aplicación de un régimen privado a un contrato estatal, que en principio significa que este no puede contener mayores requisitos en su celebración, perfeccionamiento y ejecución a los que son exigidos a los acuerdos entre particulares, **no puede servir como justificación del desconocimiento e inaplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y en tal sentido, aún cuando no sean previstos en las leyes civiles y comerciales correspondientes a cierto tipo de negocio jurídico, el contrato estatal debe contener elementos que permitan su efectivización.**

19. Así, cuando es evidente que un contrato estatal debe, en todos los casos, cumplir con principios de la función administrativa y fiscal como **la publicidad, la economía, la responsabilidad de los funcionarios públicos y, sobre todo, la transparencia en las actuaciones adelantadas, no puede pensarse en la posibilidad de un contrato que sea celebrado de una forma que no permita el cumplimiento de estos principios.**

(...)

21. No resulta viable la existencia de un contrato que no esté, por ejemplo, sujeto a la posibilidad del escrutinio por parte de un organismo de control que requiera verificar el cumplimiento de mandatos legales en su celebración o ejecución, o que en él se haya producido una correcta ejecución fiscal [...]

De esta forma, los principios propios de la función administrativa y de la gestión fiscal resultan aplicables a todo régimen contractual que sea excepcional al contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, posición que, además de tener sustento en la Constitución Política en concordancia con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, fue consagrada expresamente en la Ley 1150 de 2007⁴⁵, artículo 13, en los siguientes términos:

«[...] ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la

Actor: Hospital Departamental de Santa Sofía de Caldas. Demandado: Instituto de Seguros Sociales –I.S.S. Acción: Contractual.

⁴⁵ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal [...]»

Con lo anterior, puede concluirse que, al ser una empresa industrial y comercial del Estado cuyo objeto comprende la función de operar como EPS, CAPRECOM, en su gestión contractual se encuentra sujeta a un régimen jurídico que aunque es privado no es exclusivamente de dicha naturaleza pues a él se integran los principios en cuestión. Respecto del carácter *sui generis* que así entendido puede predicarse de ese conjunto normativo, ha precisado la Corporación:

«[...] Por esta combinación, el régimen adquiere un cariz peculiar en cuanto a la naturaleza de las normas que finalmente se aplican, porque la mezcla de ordenamientos produce un sistema jurídico difícil de identificar, teniendo en cuenta que existen suficientes argumentos para afirmar que se trata de derecho privado puro, aunque la simbiosis produce disposiciones con cargado acento público. La comprensión de esta mezcla forma parte de los debates fuertes que enfrentan el derecho privado y el derecho administrativo, por la cercanía de esta normativa contractual [...]»

[E]n la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el *derecho privado*, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a *los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal* –pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares–, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público [...]»⁴⁶

En ese orden de ideas, la actividad contractual del Estado, en todas sus fases y con independencia de que la entidad de que se trate sea ajena al régimen de contratación pública, debe ejercerse al servicio de los intereses generales y con respeto de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

Estos, que son los propios de la función administrativa al tenor del artículo 209 superior, han sido clasificados por la Corte Constitucional como finalísticos, funcionales y organizacionales. Los primeros dan cuenta de la teleología a la que se debe aquella y, por ende, en ellos puede ubicarse el interés general como la principal hoja de ruta dentro del Estado social y democrático de derecho. Los principios funcionales, por su parte, aluden a la forma en que se ha de desarrollar la función administrativa, es decir, con acatamiento a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por último, los organizacionales son aquellos en virtud de los cuales se define la distribución

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente 45607, Radicación 41001-23-31-000-2007-00104-01; actor: Sociedad Aguas de los Andes S.A. E.S.P.

de las competencias dentro de la estructura de la administración pública, de manera que allí se encuentra la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones⁴⁷.

De otro lado, el artículo 267 de la Constitución Política señala que el ejercicio del control fiscal es posterior y selectivo, que se extiende a los ámbitos financiero, de gestión y de resultados, y que debe desarrollarse siempre con base en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales.

Con el propósito de armonizar el régimen de contratación privado a estas máximas constitucionales, se generó un fenómeno con ocasión del cual las entidades públicas reguladas por él comenzaron a dictarse sus propias reglas en materia contractual. En efecto, las características del sistema normativo aplicable en esos casos les otorgan autonomía para expedir estatutos internos en el asunto, también llamados manuales de contratación.

A estos se les ha reconocido la naturaleza de actos administrativos dentro de la categoría de reglamentos y se ha aceptado su validez bajo el entendido de que la capacidad creadora de reglas propias del procedimiento contractual tiene como límite aquellos asuntos que son objeto de reserva legal⁴⁸. En esa medida, cuando la entidad decide expedir un manual de contratación queda vinculada a él con la fuerza propia de los reglamentos internos, siendo en todo caso obligatoria la sujeción a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, mientras que la remisión al derecho privado tendrá cabida en todo aquello que no haya sido objeto de auto regulación.

Ahora bien, en ejercicio de ese margen de libertad, es admisible que la administración reproduzca en dichos manuales normas propias del régimen de contratación estatal, tales como la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, cuyas reglas serían aplicables a lo largo del proceso contractual, naturalmente, no en su rango de ley sino, como se anunció, con la fuerza que le asiste al reglamento interno.

Aclarado lo anterior, procede la Subsección a plantear los problemas jurídicos que se estudiarán en la presente providencia y su resolución.

PROBLEMAS JURÍDICOS

⁴⁷ En este sentido pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-561 del 4 de agosto de 1999, expediente D-2376, demandante Elson Rafael Rodríguez Beltrán y la C-036 del 25 de enero de 2005, expediente D-5282, Actor: Arleys Cuesta Simanca.

⁴⁸ *Ibidem*.

De conformidad con el acto administrativo sancionatorio y las causales de nulidad invocadas en la demanda, el problema jurídico se concreta en los siguientes interrogantes:

1. ¿La conducta de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte, investigada y sancionada por CAPRECOM, es típica?

De ser positiva la respuesta se deberá determinar si:

2. ¿La valoración de la auditoría efectuada por el grupo de control interno de CAPRECOM quebrantó el derecho al debido proceso de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte?

3. ¿Se vulneró el debido proceso de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte al no practicarse la prueba testimonial solicitada en los descargos?

4. ¿La sanción que se impuso a la señora Sandra Patricia Salazar Achinte fue desproporcionada?

1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿La conducta de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte, investigada y sancionada por CAPRECOM, es típica?

1.1. La tipicidad de la falta disciplinaria

La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». En términos de la Corte Constitucional⁴⁹ este principio «cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica».

⁴⁹ Sentencia C-769 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Así las cosas, le corresponde exclusivamente al legislador definir, de forma abstracta y objetiva, qué conductas desplegadas por quienes tienen a su cargo el ejercicio de funciones públicas deben ser objeto de sanción por afectar el correcto desarrollo del servicio que le ha sido encomendado o por el abuso en su ejercicio⁵⁰.

El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge a su vez, una relación de contrariedad entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido.

El análisis de la tipicidad es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria y dentro del mismo, la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad al concebido en materia criminal, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta⁵¹; como consecuencia de ello se ha avalado, desde un punto de vista constitucional⁵², la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley.

Conviene aclarar que los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como «aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas»⁵³, son admisibles en la forma de consagrar infracciones administrativas siempre que las remisiones a otras normas o a otros criterios permitan determinar los comportamientos censurables, pues de permitirse que el operador sea quien defina la conducta sancionable de manera discrecional sin referentes normativos precisos se desconocería el principio de legalidad⁵⁴.

⁵⁰ El artículo 6 de la Constitución Política prevé: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

⁵¹ Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-404 de 2001 indicó «la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad»⁵¹, posición reiterada en sentencias C-818 de 2005 y C-030 de 2012.

⁵² Frente a este punto se pueden ver varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, la C-393 de 2006.

⁵³ Véanse las sentencias C-818 de 2005, C-762 de 2009, C-343 de 2006, C-030 de 2012, entre otras.

⁵⁴ En la sentencia C-530 de 2003, admitió el uso de conceptos jurídicos indeterminados en derecho administrativo sancionador «siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente

Ahora bien, en cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco⁵⁵, se observa que la jurisprudencia constitucional se ha referido a ellos de manera indistinta, para dar a entender que se trata de aquellas descripciones legales constitutivas de falta disciplinaria, que precisan la remisión a otras normas a fin de completar el sentido del precepto.

Lo anterior se desprende del concepto jurídico avalado en las sentencia C-818 de 2005⁵⁶, entre otras, en la cual se sostuvo que los *tipos abiertos* son:

«[...] aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria [...]»

En relación con los *tipos en blanco*, aquella Corporación también considera que apunta a preceptos que requieren de una remisión normativa para completar su sentido⁵⁷ bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco», exigencia que trasciende al campo disciplinario, según lo señalado por la sentencia C-343 de 2006.

No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance⁵⁸, mientras que los segundos se pueden delimitar así:

[...] El tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no

precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos». Reiterado en las sentencias C-406 de 2004 y C-030 de 2012.

⁵⁵ Sentencias C-404 de 2001, C-818 de 2005.

⁵⁶ En este aparte cita la Sentencia C-401 de 2001.

⁵⁷ Ver la sentencia C-404 de 2001.

⁵⁸ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 433 – 445.

está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”⁵⁹, afirma Hans Welzel [...] ⁶⁰

Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su estructura formal⁶¹, mientras que los abiertos ingresan en la división de acuerdo a su contenido⁶².

Otro aspecto que conviene precisar en tanto hace referencia a la redacción del tipo y a su contenido, es el hecho de que el derecho disciplinario colombiano acude a un sistema genérico de incriminación denominado *numerus apertus*

[...] en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa –como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición [...] ⁶³ (Subraya la sala)

1.2. Requisitos para que se tipifique la falta disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

El numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 consagró la siguiente falta disciplinaria:

«[...] **Artículo 48.** Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes

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 [...]»

⁵⁹ Claus Roxin. Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, Buenos Aires, Depalma, 1979, p.6.

⁶⁰ Gómez Pavajeau. Op. Cit., p. 431.

⁶¹ Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis S.A. 2000, p.115.

⁶² *Ibidem* p.118.

⁶³ Sentencia C-155 de 2002.

La parte subrayada de la norma fue declarada exequible por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-818 de 2005 bajo las siguientes consideraciones:

«[...] De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que para convalidar el señalamiento de un *principio* que regula la contratación estatal y la función administrativa como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, es necesario:

(i) Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, **(a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa**, como sucede, por ejemplo, en las hipótesis previstas en los artículos 126 y 268 del Texto Superior, el primero, que para garantizar el principio de moralidad pública prohíbe el nepotismo, y el segundo, que para lograr el mismo fin prohíbe a los Congresistas dar recomendaciones a fin de proveer empleos en la Contraloría General de la República; **(b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal** que lo desarrolle de manera específica, como sucedería, a manera de ejemplo, con algunas de las reglas previstas en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993⁶⁴.

(ii) Cuando se formule la acusación disciplinaria debe señalarse tanto la conducta imputable como la norma que la describe, según lo ordena el artículo 163 del Código Disciplinario Único. Así las cosas, **no es suficiente la simple manifestación de haber vulnerado un principio, sino que resulta exigible su descripción y determinación conforme a la disposición de rango legal o al precepto constitucional de aplicación directa** que le sirve de complemento [...].»

La Corte llegó a esta conclusión en aras de proteger los principios de legalidad, tipicidad y reserva de la ley. En efecto, la Corporación manifestó que en virtud del primero la ley debe, entre otras cosas y de forma previa, establecer el comportamiento sancionable y la sanción. Ello porque es un derecho del disciplinado conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y los correctivos que se derivan de su infracción.

En cuanto al segundo, precisó que es indispensable que la norma disciplinaria señale de forma clara, expresa e inequívoca las conductas que pueden ser sancionadas, medida que desarrolla el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por lo que la descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, no debe dar campo a

⁶⁴ Dispone el artículo 23 de la citada disposición: «[...] Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa [...]» Más adelante, los artículos 24, 25 y 26 desarrollan algunos aspectos puntuales de dichos principios.

especulaciones y, por tanto, tiene que ser de tal claridad que permita al servidor público saber exactamente la conducta disciplinable.

Finalmente, sobre el principio de reserva de ley, expresó que es obligación del Estado cuando se trata de conductas punitivas someter el tratamiento de estas a la ley, tal como lo advierte el artículo 29 de la Constitución Política, cuando instituye que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Sobre el particular declaró que

«[...] Desde esta perspectiva, en materia disciplinaria, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la consagración de los comportamientos reprochables disciplinariamente, así como las sanciones, los criterios para su fijación y los procedimientos para adelantar su imposición, **corresponden a una materia que compete desarrollar de manera exclusiva a la ley, tanto en sentido formal como material**⁶⁵ [...]» (Resalta la Sala).

Así, señaló que no es posible que normas con rango inferior a la ley tipifiquen conductas disciplinarias⁶⁶.

De esta manera, la Corte expuso que no es posible invocar el quebrantamiento de un principio como único elemento descriptor de una conducta disciplinaria, toda vez que ello vulnera las garantías de legalidad y tipicidad, en tanto este «[...] tiene una vocación normativa de carácter general, contraria a la concreción y especificidad que se requiere para la descripción de una falta disciplinaria [...]»⁶⁷, lo que significaría otorgar una amplia discrecionalidad a la autoridad disciplinaria para fijar la tipificación del proceder sancionable.

No obstante, la alta Corporación también consideró que los principios pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido, ya sea a través de

⁶⁵ Véase, entre otras, las sentencias T-181 de 2002, C-506 de 2002, C-948 de 2002, C-1076 de 2002, C-125 de 2003, C-252 de 2003, C-383 de 2003 y T-1093 de 2004.

⁶⁶ La Corte completó su análisis manifestando que: «[...] De admitirse que una norma distinta a la ley permita la complementación de los principios para la definición de las faltas disciplinarias, **llegaríamos al absurdo que además de la generalidad del principio, y de la ausencia de ley, las conductas sancionables terminen siendo descritas por reglamentos o normas de menor entidad**. Así las cosas, esta Corporación concluye que solamente en aquellos casos en que sea posible la concreción de un principio a través de disposiciones de rango legal o de preceptos constitucionales de aplicación directa, se satisface los principios constitucionales que rigen en el derecho punitivo del Estado, y especialmente, en el derecho disciplinario [...]»

⁶⁷ Sentencia C-808 de 2005. Al respecto, precisó la Corte Constitucional que «[...] los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico [...]».

disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal⁶⁸ que permitan identificar sin duda, de forma clara, concreta e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria. Si tal situación no acontece, no puede hablarse de una conducta tipificada en la materia, por cuanto estaría descrita de forma genérica y sin precisión sobre sus elementos, lo que sería lesivo para las garantías fundamentales del debido proceso pues deja a la libre apreciación subjetiva del funcionario que ejerce la potestad disciplinaria la decisión de si se incurrió en la conducta prohibida.

En conclusión:

De acuerdo con la sentencia C-818 de 2005 solo procede invocar el quebrantamiento de un principio que regula la contratación estatal o la función administrativa como único elemento descriptor de una conducta disciplinaria cuando: **i)** Esta se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, en la cual se puede determinar con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público y, **ii)** aunque el principio sea general, éste se puede complementar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica.

Adicionalmente, será requisito imprescindible que, en la formulación del pliego de cargos, la autoridad disciplinaria establezca claramente tanto el principio como la regla constitucional o legal en la que se concreta la transgresión del orden normativo disciplinario.

- Caso concreto:

La Oficina de Control Interno de CAPRECOM, en el pliego de cargos, especificó que la demandante incurrió en la falta disciplinaria que tipifica el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la cual contiene dos hipótesis de reproche relativas a la participación en la etapa precontractual o en la actividad contractual del Estado. La primera se presenta cuando a raíz de esta se genera un detrimento al patrimonio público y, la segunda, en los casos en que aquella se ejerce con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa consagrados en la Constitución y en la ley.

⁶⁸ «[...] Para lograr este propósito, es indispensable emplear la técnica de remisión del tipo disciplinario en blanco que exige para la constitucionalidad de la descripción de una falta disciplinaria, la definición previa de un contenido normativo específico que garantice la certeza de los comportamientos antijurídicos que serán objeto de reproche. En este caso, lo que se pretende determinar es la viabilidad de complementar la norma demandada, con otras disposiciones que preserven la posibilidad de reconocer consecuencias disciplinarias frente a aquellos comportamientos que infrinjan los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa. En últimas, esta Corporación debe antes de declarar la inconstitucionalidad de la norma, dilucidar si la misma a través de la complementación o remisión legislativa, admite salvaguardar la eficacia jurídica de los citados principios que sirven de fundamento para orientar y regular el comportamiento de los servidores públicos, a fin de hacer efectivos los fines del Estado [...]»

En el trámite administrativo sancionatorio que se estudia, el titular de la acción disciplinaria afincó la censura en la celebración de varios contratos⁶⁹ que, sin conllevar un detrimento patrimonial, supusieron la violación de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, los de transparencia y responsabilidad establecidos en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, así como la inobservancia de reglas infraconstitucionales en materia contractual⁷⁰.

A efectos de validar si se tipificó la falta disciplinaria antedicha, la Sala tendrá en cuenta los siguientes criterios, que se extraen de las consideraciones hasta ahora anotadas:

- a) En este caso, es preciso verificar el desconocimiento de uno o varios de los principios de la función administrativa y/o de la gestión fiscal, sin que tenga incidencia alguna la transgresión de los principios legales propios del estatuto general de contratación estatal toda vez que ellos no son aplicables al régimen privado por el que se rige CAPRECOM en la materia.
- b) La vulneración de dichos principios se debe proyectar de manera concreta en el quebrantamiento de reglas contempladas bien sea en la Constitución Política como normas de aplicación directa o bien en otras disposiciones que indefectiblemente deberán tener fuerza de ley. Siguiendo el lineamiento anterior, en el *dossier*, esto se traduce en que la falta disciplinaria no podría configurarse por el quebrantamiento de reglas que se enmarquen dentro del régimen general normativo de los contratos públicos. Tampoco por la infracción de reglas consagradas en un precepto que, no siendo constitucional, carezca de fuerza de ley, quedando así excluidos los decretos reglamentarios y los reglamentos internos.
- c) Esta última cuestión significa que el desconocimiento de los manuales de contratación incorporados al orden interno de la entidad, aun cuando sean de carácter vinculante para adelantar sus procesos contractuales, no puede servir de fundamento para que se estructure una responsabilidad de naturaleza disciplinaria por infracción de la falta contenida en el artículo 48, numeral 31, de la Ley 734 de 2002 pues, incluso si reproducen normas legales pertenecientes al régimen general de contratación estatal, su fuerza no será de ley.

⁶⁹ Los contratos citados en el auto que profirió pliego de cargos y su respectiva fecha de suscripción son: 002 y 003 del 16 de enero de 2006; 008, 009, y 010 del 26 de enero de 2006; 011 del 1 de abril de 2006; 012 del 3 de enero de 2006; 014, 022 y 023 del 16 de enero de 2006; 030 del 26 de enero de 2006; 031 del 25 de enero de 2006; 037 y 040 del 16 de enero de 2006; 041 y 049 sin fecha de suscripción; 050 del 27 de enero de 2006; 076 del 16 de enero de 2006; 080 del 27 de enero de 2006; los contratos 195, 196 y 197 del 23 de junio de 2006; 226 del 5 de octubre de 2006; 232 del 17 de octubre de 2006; 245 y 246 del 7 de noviembre de 2006; los contratos 248, 249, 250 y 251 del 14 de noviembre de 2006; los contratos 266, 267, 274, 280, 281 y 282 del 1.º de diciembre de 2006; 3 del 15 de enero de 2007; 37 del 29 de marzo de 2007; 38, 39 y 40 del 2 de abril de 2007.

⁷⁰ En los siguientes folios se encuentran especificados los cargos: Folios 195 y 196, 208 y 209, 217 y 216, 220 y 221, 223 y 224 del cuaderno 2.

Establecido lo anterior, la Subsección analizará los siguientes temas:

i) Principios del artículo 209 constitucional, ii) Normas infraconstitucionales vulneradas según el pliego de cargos. Estudio de su admisibilidad como fundamento de la tipificación de la falta disciplinaria y, iii) Cumplimiento de los requisitos de la sentencia C-818 de 2005 en el *sub examine*.

i) Principios del artículo 209 de la constitución política de 1991

De conformidad con esta disposición

[...] Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley [...]

La Ley 489 de 1998 en el artículo 3.º estableció también que «[...] La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia [...]». La norma precisó que estos deben tenerse en cuenta en el instante de juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios.

No obstante, la enunciación que de los principios de la función administrativa se hace es muy general y solo a través del desarrollo jurisprudencial se ha logrado determinar su alcance. Así, la Sección Tercera manifestó que estos permean toda la actividad contractual del Estado en los siguientes términos⁷¹:

«[...] i). **En virtud del principio de imparcialidad:** Las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos (para el caso los de selección contractual) consiste en asegurar y garantizar los derechos

⁷¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Providencia del 3 de diciembre de 2007. Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) acumulados.

de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Como puede apreciarse la definición legal de este principio es desarrollo del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la C.P. [...]

ii). En virtud del principio de economía: Se tendrá en cuenta que las normas que fijan los procedimientos de selección contractual se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que lo estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa [...]

iii). En virtud del principio de eficacia: Se tendrá en cuenta que los procedimientos de selección contractual deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias [...]

iv). En virtud del principio de publicidad: Las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios [...]

v). En cuanto al principio de la moralidad administrativa: [...] Ha dicho la jurisprudencia que este principio se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares [...]

[...] ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concebidas al funcionario que lo ejecuta; en este sentido, existe una estrecha vinculación entre este principio y la desviación del poder [...]»

Aunque estos principios en su gran mayoría han sido desarrollados en distintas normas, en el pliego de cargos endilgado a la señora Sandra Patricia Salazar Achinte la entidad los enunció de forma genérica, por lo que solo con la lectura del artículo 209 constitucional no es posible saber con exactitud cuáles de estos, o si todos, se quebrantaron cuando la accionante desarrolló la actividad contractual de los años 2006 y 2007 y de qué forma.

De esta manera, si se analiza aisladamente esta norma y solo con el concepto jurisprudencial que define los principios, es imposible concluir que la conducta de la demandante sí se subsume en la falta establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, puesto que la Corte Constitucional, en la sentencia C-818 de 2005, fue enfática en indicar que, en aras de proteger los principios de legalidad, tipicidad y reserva de la ley, aquella debe estar contenida en una disposición de rango legal, de forma específica e inequívoca, de modo que no se preste para interpretaciones diversas.

Por esta razón, lo pertinente es determinar si en las demás normas que citó CAPRECOM en el pliego de cargos están desarrollados los principios contenidos en el artículo 209 constitucional, a efectos de dilucidar si la señora Salazar Achinte sí actuó contrariando estos y por tanto si su conducta encaja dentro de los supuestos del tipo disciplinario imputado.

Bajo tal perspectiva se entrará a analizar las otras normas citadas como violadas por la demandada en el trámite disciplinario.

ii) Normas infraconstitucionales vulneradas según el pliego de cargos. Estudio de su admisibilidad como fundamento de la tipificación de la falta disciplinaria

Los siguientes fueron los principios y reglas que, sin ser de origen constitucional, se citaron en el pliego de cargos como vulnerados por la señora Sandra Patricia Salazar Achinte en la actividad contractual que adelantó en CAPRECOM en los años 2006 y 2007:

- Primer cargo

Se basó en el quebrantamiento de los principios de que trata el artículo 209 constitucional y de los principios de responsabilidad y transparencia contemplados en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, últimos que como se explicó no le eran aplicables a CAPRECOM.

A su vez, la autoridad disciplinaria fundamentó la violación de los principios de la función administrativa en el desconocimiento de reglas de diferente rango jerárquico, algunas de las cuales deben excluirse como sustento de la tipificación de la conducta sancionada puesto que, sin ser constitucionales, carecen de fuerza legal o son propias del régimen general de contratación pública. Tal es el caso de los artículos 22 y 41 de la Ley 80 de 1993; 3 del Decreto Reglamentario 2170 de 2002; 15 del Decreto Reglamentario 3512 de 2003; 1 y 6 del Decreto Reglamentario 2788 de 2004; 1 del Decreto Reglamentario 2232 de 2005 y; la Resolución 2800 del 20 de noviembre de 2003.

En conclusión, las mencionadas normas no pueden ser tenidas en consideración a efectos de tipificar la falta disciplinaria que se le endilgó a la actora, quedando por analizar si CAPRECOM se regía por el artículo 1 de la Ley 828 de 2003 y los artículos 1 y 2 de la Ley 598 de 2000, a lo que la Subsección responderá con una tesis afirmativa.

Norma vulnerada	Aplicabilidad a CAPRECOM
Artículo 1 de la Ley 828 de 2003: «[...] Artículo 1°. Modifícase el parágrafo 2 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, el cual quedará así: Parágrafo 2. Será obligación de las entidades estatales incorporar en los contratos que celebren, como obligación contractual, el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF) por lo cual, el incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé el cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora [...]»	El precepto vulnerado resultaba vinculante para CAPRECOM, en primer lugar, porque la norma no condicionó en modo alguno la aplicación de la exigencia en ella contenida al régimen de contratación por el que se rige la entidad estatal, limitándose a señalar que aquella operaba para toda entidad que, teniendo la calidad de tal, celebrase contratos. En ese orden de ideas, siguiendo uno de los principios generales de interpretación jurídica, es preciso señalar que allí donde el legislador no hizo distinción, mal haría el intérprete en efectuarla. En segundo lugar, porque ni la Ley 789 de 2002 ni la 828 de 2003 restringen su ámbito de aplicación al régimen general de contratación estatal. Por el contrario, estas consagran respectivamente postulados relativos (i) al apoyo del empleo y a la ampliación de la protección social y (ii) al control a la evasión del Sistema de Seguridad Social.
Ley 598 de 2000⁷² artículos 1.º y 2.º: «[...] Artículo 1°. Créase para la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, <u>los cuales serán establecidos por el Contralor General</u>	El precepto vulnerado resulta aplicable a CAPRECOM en tanto se proyecta como una manifestación del ejercicio del control fiscal consagrado en el artículo 267 de la Constitución Política como una función pública⁷³ a través de la cual se «[...] vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación [...]», con independencia del régimen de contratación que les sea aplicable.

⁷² Derogada por el Decreto Nacional 019 de 2012.

⁷³ El desarrollo de esta función es de especialísima importancia como quiera que a través de la misma se garantiza la correcta administración y manejo de las finanzas del Estado como herramienta que permite la materialización de sus fines esenciales y la satisfacción del interés general.

de la República. Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-384 de 2003 Parágrafo. Denomínase Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, al conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones, entre otros, de los bienes y servicios de uso común o de uso en obras que contratan las entidades estatales para garantizar la transparencia de la actividad contractual en cumplimiento de los fines del Estado. Artículo 2º. El Sistema de Información para las Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, estará constituido por los subsistemas, métodos, principios, instrumentos y demás aspectos que garanticen el ejercicio del control fiscal de conformidad con los actos administrativos que expida el Contralor General de la República [...]».	En el mismo sentido, del tenor literal de la norma en cuestión se extrae que el SICE, el CUBS y el RUPR fueron creados «[...] para la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan recursos públicos [...]» (Subraya la Sala). En línea con lo anterior, en la sentencia C-716 de 2002⁷⁴, la Corte Constitucional señaló que «[...] De acuerdo con lo prescrito en la Ley 598 de 2000, el fin primordial del SICE es el de proveer herramientas concretas para la vigilancia de la actividad contractual de la Administración y de los particulares que administran recursos públicos [...]», concluyendo que aquel es «[...] un sistema eminentemente informativo que persigue darle transparencia y publicidad a los contratos celebrados con dineros públicos, con el fin de disminuir los niveles de corrupción que aquejan a la Administración pública [...]». De otro lado, refuerza la tesis sostenida el hecho de que el Decreto 3512 de 2003, reglamentario de la Ley 598 de 2000, en su artículo 14⁷⁵, hubiese previsto una regulación específica para las entidades con régimen especial de contratación. En ese orden de ideas, CAPRECOM era destinatario de aquel precepto en tanto
--	---

⁷⁴ Corte Constitucional; sentencia del 3 de septiembre de 2002; expediente D-3981; Actor: Diego Hernán Gamba Ladino.

⁷⁵ «Artículo 14. Obligaciones de las entidades y particulares que manejan recursos públicos con régimen especial de contratación. Las entidades y particulares con régimen especial de contratación deberán cumplir las siguientes obligaciones:

a) Inscripción. Las entidades y particulares se vincularán al SICE, de acuerdo con el plan de ingreso progresivo establecido por el Comité para la Administración del SICE y a las instrucciones publicadas en el Portal del SICE. Surtido este trámite, el Operador entregará al representante legal el password, según los procedimientos determinados en el Portal;

b) Registro de contratos. Las entidades y particulares deberán registrar en el Portal del SICE, dentro de los primeros cinco días hábiles del mes, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas, los contratos celebrados en el mes inmediatamente anterior, cuya cuantía sea superior a 50 smmlv. Esta obligación, deberá cumplirse por parte de las entidades y particulares, a partir del mes siguiente a su inscripción.

	entidad integrante de la administración pública que opera a través de dineros de la misma naturaleza, de acuerdo a los artículos 38, 39 y 85 de la Ley 489 de 1998.
--	---

- **Cargos segundo, cuarto y quinto.**

Se basan en el quebrantamiento de los principios de que trata el artículo 209 constitucional y de los principios de responsabilidad y transparencia contemplados en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, últimos que como se explicó no le eran aplicables a CAPRECOM.

En relación con las reglas en que se materializa la violación de los principios de la función administrativa, el titular de la acción disciplinaria no imputa la vulneración de ninguna norma de rango legal⁷⁶.

En conclusión, conforme la sentencia C-818 de 2005, estos cargos no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la tipificación de la falta disciplinaria porque las reglas cuya transgresión se reprocha carecen de fuerza de ley.

- **Tercer cargo.**

Se basó en el quebrantamiento de los principios de que trata el artículo 209 constitucional y de los principios de responsabilidad y transparencia contemplados en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, últimos que como se explicó no le eran aplicables a CAPRECOM.

A su vez, la autoridad disciplinaria fundamentó la violación de los principios de la función administrativa en el desconocimiento del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la cual debe excluirse como sustento de la tipificación de la conducta sancionada puesto que, al ser una norma propia del régimen general de contratación del Estado, no resultaba vinculatoria para aquella entidad.

iii) Cumplimiento de los requisitos de la sentencia C-818 de 2005 en el *sub examine*

⁷⁶ En el cargo se citó el artículo 1.º de la Resolución 2799 de 2003 y la Resolución 2800 de 2003 procedimientos uno numerales 6.3, 6.7, 6.10, 6.11 y el procedimiento 2 numerales 6.3, 6.7, 6.10 y 6.11.

En el pliego de cargos y en los actos sancionatorios en contra de la demandante se imputó la falta disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, porque en la auditoría⁷⁷ realizada por la Oficina de Control Interno y en la inspección⁷⁸ que ordenó la autoridad disciplinaria se detectaron sendas irregularidades en la celebración y ejecución de varios contratos de CAPRECOM para el suministro de medicamentos y la prestación de servicios de salud.

No obstante las múltiples irregularidades que evidenció el ente sancionador, de lo establecido en el acápite anterior, es claro que los cargos segundo, tercero, cuarto y quinto, y por consiguiente las anomalías relativas a estos, no deben ser tenidas en cuenta como sustento de tipificación de la falta disciplinaria, quedando por analizar si esta se estructuró con base en el **cargo primero por la violación de los principios del artículo 209 superior y de las reglas fijadas en los artículos 1 de la Ley 828 de 2003 y 1 y 2 de la Ley 598 de 2000.**

En ese orden de ideas, con el fin de establecer el cumplimiento de los requisitos que consagra la sentencia de constitucionalidad aludida, es menester circunscribirse a las irregularidades presentadas en la contratación fruto de la no sujeción a estas normas.

Respecto de los artículos 1 y 2 de la Ley 598 de 2000 es preciso señalar que se trata de normas que, al consagrar el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE⁷⁹, buscan el favorecimiento de la gestión administrativa a través de la creación de herramientas con las cuales la actividad contractual de las entidades del Estado y particulares que manejen recursos públicos pueda responder a elementos de juicio que favorezcan los intereses de la administración. Ello se materializa en la posibilidad de consultar los bienes ofrecidos a la administración pública, así como los mejores precios en el mercado, los oferentes y el lugar de la oferta. En consecuencia, las aludidas disposiciones constituyen un claro desarrollo normativo de los principios de economía, celeridad, eficacia, moralidad, publicidad e imparcialidad del artículo 209 de la Constitución Política.

En efecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-716 del 3 de septiembre de 2002, destacó la forma en que el SICE se presentaba como una expresión de los principios de la función administrativa, así:

⁷⁷ Folios 4 a 26 del cuaderno 2.

⁷⁸ Folios 155 a 181 del cuaderno 1.

⁷⁹ El artículo 5.º de la Ley 598 de 2000 consagró como obligación de las entidades estatales cuando ejecuten los planes de compras de bienes y servicios consultar «[...] el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de que trata la presente ley [...]». Por su parte el Decreto 3512 de 2003 en el artículo 1.º dispuso que «[...] El Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, **se aplica a los organismos que conforman la administración pública, a los particulares o entidades que manejan recursos públicos**, y a sus proveedores de bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra, de conformidad con la Ley 598 de 2000 en los términos que reglamenta el presente decreto [...]».

«[...] Nadie dudaría, en este sentido, de que el SICE permite la realización de algunos de los principios más relevantes de la función administrativa, como son la moralidad –en tanto que permite la sana competencia entre los proveedores de los servicios ofrecidos al Estado-, la eficacia –conferida por la misma rapidez en la consulta-, la economía –garantizada por la escogencia de las mejores opciones de compra-, la celeridad y la imparcialidad – representada en la objetividad de los criterios de contratación-, etc. (Art. 209 Constitución Política) [...]»

De igual manera, el artículo 1 de la Ley 828 de 2003, que impone el deber a las entidades públicas de vigilar que los contratistas cumplan con sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales, está ligado a la satisfacción del interés general y de los principios de economía y moralidad administrativa, establecidos en el artículo 209 constitucional. Ello es así puesto que tal precepto tiene como propósito, de un lado, el manejo adecuado de los recursos de la Seguridad Social y parafiscales en tanto integran el erario público y, de otro, influir directamente en una correcta ejecución del contrato y protección de los derechos de trabajadores que cumplen el objeto contratado frente a las posibles contingencias que sufran, como una manifestación del derecho a la seguridad social, fundamental dentro de un Estado social y democrático de derecho.

Estas actuaciones sin duda permiten rectitud en el proceso contractual, desde su inicio y hasta su terminación, en tanto se da a conocer la calidad de quienes ofertan y los precios que manejan en el mercado, además de hacer que la entidad y el contratista sean responsables frente a sus obligaciones con los trabajadores.

Por tanto, si el encargado de adelantar el proceso de contratación no acata tales preceptos, quebranta los principios de la función administrativa ya anunciados y, por tanto, incurre en el tipo disciplinario del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En el *sublite* se observa que, como en efecto lo advirtió la autoridad disciplinaria, respecto de los contratos 040, 197, 039 y 281, no existe constancia de que los contratistas hubiesen satisfecho la obligación de cotización al sistema de seguridad social en salud, como tampoco está acreditado que, en sus procesos de contratación, CAPRECOM diere cumplimiento a los artículos 1 y 2 de la Ley 598 de 2000, relativos a la implementación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Adicionalmente, llama poderosamente la atención de esta Subsección el hecho de que la señora Sandra Patricia Salazar Achinte no aportara elementos probatorios para desvirtuar las conclusiones a las que llegó el proceso administrativo sancionatorio, limitándose a aseverar que el contenido de algunas de sus actuaciones, como la auditoría, obedecía a apreciaciones de carácter subjetivo de los funcionarios que la efectuaron, lo que quedó sin sustento una vez realizada la inspección a los contratos por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario.

Así las cosas, es posible deducir una conducta disciplinaria clara, concreta e inequívoca, consistente en que la señora Sandra Patricia Salazar Achinte en la celebración de los contratos inspeccionados por CAPRECOM vulneró los principios y normas atrás enunciados porque no vigiló la ejecución correcta de los contratos en procura de la protección de los intereses de la entidad.

Por lo anterior, la Subsección considera que sí se cumplieron los presupuestos fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005 para imputar a la accionante la falta tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En cuanto a lo aseverado por la demandante en el sentido de que en el proceso contractual intervinieron varios funcionarios respecto de los cuales también debió indagarse su participación, debe advertir la Sala que la responsabilidad de la contratación de la entidad se encuentra en cabeza de su representante legal, en este caso la directora de CAPRECOM de la regional del departamento del Cauca, luego correspondía a ella velar porque en la contratación se cumplieran los principios de la función administrativa y las demás normas que integraban el régimen que resultaba aplicable en la materia.

Por otro lado, se recuerda que la responsabilidad disciplinaria es individual, lo que significa que así otros empleados hubiesen incurrido en prácticas enjuiciables, ello no es razón suficiente para justificar la actuación de la demandante.

En conclusión:

En los actos administrativos sancionatorios se cumplieron los presupuestos de la sentencia C-818 de 2005 para considerar la vulneración de un principio como falta disciplinaria. Ello en atención a que se desatendieron los principios de interés general, economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, moralidad administrativa y publicidad contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política, los que son desarrollados en los artículos 1.º y 2.º de la Ley 598 de 2000 y el artículo 1.º de la Ley 828 de 2003, según se expuso.

2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿La valoración de la auditoría efectuada por el grupo de control interno de CAPRECOM quebrantó el derecho al debido proceso de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte?

- Régimen y valoración probatoria en el derecho disciplinario

El régimen probatorio que regula los procesos disciplinarios que se adelantan contra los servidores públicos es el fijado en el título VI de la Ley 734 de 2002. Precisamente el artículo 128 de esta disposición consagra la necesidad de que toda decisión interlocutoria y disciplinaria se fundamente en pruebas legalmente producidas y aportadas por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa. La norma es clara en determinar que la carga de la prueba en estos procesos le corresponde al Estado.

Así mismo, es deber de la autoridad disciplinaria encontrar la verdad real de lo sucedido, para lo cual es su obligación efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas durante el trámite administrativo. El artículo 129 de la Ley 734 de 2002 fija esta postura en los siguientes términos:

«[...] **Artículo 129.** Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio [...]» (Resaltado de la Sala).

La norma desarrolla el principio de investigación integral, según el cual, la pesquisa que se efectúe dentro del proceso disciplinario, no solo debe apuntar a probar la falta del servidor público, sino además, a encontrar las pruebas que desvirtúen o lo eximan de responsabilidad. Lo anterior en todo caso, no exime a la parte investigada de presentar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer en su favor⁸⁰.

En cuanto a la apreciación del material probatorio, la Ley 734 de 2002 en el artículo 141 señaló también, que esta debe hacerse según las reglas de la sana crítica⁸¹, de forma conjunta y explicando en la respectiva decisión el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta. Sobre el particular la Subsección A advirtió⁸²:

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. 15 de mayo de 2013. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00571-00(2196-11). Actor: Jorge Eduardo Serna Sánchez. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

⁸¹ En sentencia del 8 de abril de 1999, expediente 15258, el Consejo de Estado sostuvo que la valoración probatoria corresponde a las operaciones mentales que hace el juzgador al momento de tomar la decisión para conocer el mérito y la convicción de determinada prueba. Por su parte la sana crítica, es la comprobación hecha por el operador jurídico que de acuerdo con la ciencia, la experiencia y la costumbre sugieren un grado determinado de certeza de lo indicado por la prueba.

⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. 13 de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación: 11001-03-25-000-2011-00207-00(0722-11). Actor: Plinio Mauricio Rueda Guerrero. Demandado: Fiscalía General de la Nación.

«[...] No puede perderse de vista que en los procesos disciplinarios, como lo ha precisado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el operador disciplinario cuenta con una potestad de valoración probatoria más amplia que la del mismo operador judicial penal⁸³, que le autoriza para determinar, en ejercicio de una discrecionalidad razonada, **cuándo obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos, los que, a su vez, le conducen a la certidumbre de la comisión de la falta y de la responsabilidad del investigado**. Así se colige del texto mismo de las disposiciones sobre el recaudo y valoración de pruebas consagradas en la Ley 734 de 2002, tales como el artículo 128, 129, 141 y 142, entre otros [...]» (Subraya fuera de texto).

Finalmente, el artículo 142 *ibidem*, indica, de manera precisa que «[...] No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado [...]». De esta forma, la autoridad disciplinaria en el momento de emitir la decisión declaratoria de responsabilidad, debe tener la convicción y la certeza probatoria que efectivamente el servidor público incurrió en la conducta reprochada que se le imputa. La existencia de dudas al respecto, implica necesariamente que estas se resuelvan en favor del investigado, en aplicación del principio *in dubio pro disciplinado*, toda vez que no logró desvirtuarse su presunción de inocencia. Al respecto la Subsección B de esta corporación señaló⁸⁴:

«[...] Ahora bien, la garantía de la presunción de inocencia aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y, por consiguiente, también en materia disciplinaria, en la medida en que se encuentra consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y reiterada por el artículo 9º de la Ley 734 de 2002, que establece: *“Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla”*.

⁸³ Al respecto en sentencia T-161 de 2009, precisó la Corte: «[...] En cuanto a la autoridad pública encargada de adelantar el proceso penal es evidente que se trata de funcionarios investidos de poder jurisdiccional cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada, mientras, por regla general, el proceso disciplinario está a cargo de autoridades administrativas cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa; además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria, pues en ésta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación, por cuanto se trata de proteger un bien jurídico que, como la buena marcha, la buena imagen y el prestigio de la administración pública, permite al “juez disciplinario” apreciar una conducta y valorar las pruebas con criterio jurídico distinto al empleado por el funcionario judicial, teniendo en cuenta, además, que en el proceso disciplinario se interpreta y aplica una norma administrativa de carácter ético [...]».

⁸⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 9 de julio 2015. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00189-00(0777-12). Actor: José Libardo Moreno Rodríguez. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

De esta forma, como lo ha establecido la Corte Constitucional⁸⁵, quien adelante la actuación disciplinaria **deberá conforme a las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona, está establecida como disciplinable; se encuentra efectivamente probada; y, que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos, la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional** (sic)⁸⁶ [...]» (Resaltado fuera del texto original).

- Caso concreto

La señora Sandra Patricia Salazar Achinte manifestó que CAPRECOM vulneró el debido proceso porque la auditoría en la que fundamentó la decisión sancionatoria no tiene una naturaleza técnica, se sustentó en aseveraciones de carácter subjetivo del grupo de control interno sin soportes documentales y con esta no se probó la existencia de irregularidades en las etapas precontractual, contractual y poscontractual.

La Subsección pasará entonces a analizar los hallazgos en la auditoría mencionada y si esta efectivamente fue el soporte de la decisión, de modo tal que de comprobarse lo afirmado proceda la anulación de la sanción conforme lo solicitó la accionante.

Al realizar la visita, los funcionarios auditores encontraron inconsistencias en la celebración, ejecución y liquidación de varios contratos de suministro de medicamentos y prestación de servicios de salud, los cuales fueron suscritos sin el lleno de los requisitos y sin atender los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 constitucional y los de transparencia y responsabilidad previstos en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, los artículos 1.º y 2.º de la Ley 598 de 2000 y el artículo 1.º de la Ley 828 de 2003. En los cargos también se especificó que se incumplió el procedimiento fijado en la Resolución 2800 de 2003 que previó el manual de contratación de la entidad y la Resolución 2797 de igual año, que ordenó la creación del comité de contratos y licitaciones⁸⁷.

En el texto de la auditoría se pueden leer que de los 41 contratos analizados se encontraron inconsistencias en los siguientes⁸⁸:

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia T-969 de 2009.

⁸⁶ La ortografía y gramática corresponden al texto original.

⁸⁷ Folios 75 y 76 *ibidem*. Se recuerda que estas dos resoluciones no pueden ser tenidas en cuenta para efectos de valorar la responsabilidad de la demandante respecto a la falta del numeral 31 de la Ley 48 de la Ley 734 de 2002, por cuanto no tienen rango de ley, requisito que exige la sentencia C-818 de 2005.

⁸⁸ Folios 4 a 26 del cuaderno 2.

Inconsistencias encontrada en la auditoría	Contratos en los que se halló la irregularidad
No existió estudio de la necesidad, justificación ni conveniencia para la elaboración del contrato	8, 9, 10, 14, 40, 41, 49, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 280, 281, 282, 03, 037, 038, 039, 040.
No hay invitación a oferentes	8, 9, 40, 49, 80, 195, 196, 197, 226, 245, 246, 280, 281, 282, 03, 038, 039, 040.
No existe evaluación de las propuestas	8, 9, 23, 40, 195, 197, 038, 039, 040.
El registro presupuestal fue emitido irregularmente.	8, 10, 11, 80.
Se registró adición del contrato sin justificación	8, 9, 197, 226.
No existen informes de interventoría	8, 9.
No hay términos de referencia	008, 009, 040, 049, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 280, 281, 282, 037, 038, 039, 048.
No existió selección objetiva del	008, 009, 010, 011, 014, 023, 040, 041,

contratista	049, 076, 080, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 280, 282, 003, 037, 038, 039.
No se suscribió la póliza de cumplimiento o se suscribió después de iniciada la ejecución del contrato	010, 040, 041, 049, 080, 280, 281, 039.
Ausencia de documentos que den cuenta de la existencia legal del contratista	014, 040, 041, 049.
No hay documentos o constancias del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud	040, 049

Ahora bien, ya en curso el proceso administrativo sancionatorio, la Oficina Disciplinaria inspeccionó los contratos objeto de controversia con el propósito de verificar las irregularidades informadas. Los hallazgos fueron los siguientes⁸⁹:

Inconsistencias encontradas en la inspección a los contratos	Contratos en los que se halló la irregularidad
No se existió estudio de la necesidad, justificación y conveniencia	008, 009, 010, 012, 040, 049, 050, 080, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 266, 267, 274, 280, 281, 282, 03, 037, 038, 039, 040,
No existe evaluación de propuestas	008, 009, 010, 040, 197, 250, 251, 266, 274, 280, 281, 282, 037, 039, 040
No existe invitación a oferentes	008, 009, 010, 012, 040, 049, 080, 197, 226, 248, 250, 251, 266, 267, 274, 281, 282, 037, 038, 039, 040

⁸⁹ Folios 155 a 181 del cuaderno 1.

No existen términos de referencia	010, 040, 049, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 249, 250, 251, 266, 28 040
El registro presupuestal se elaboró antes de la suscripción del contrato o de forma irregular o no existe	008, 009, 010, 011, 014, 022, 030, 041.
Se adicionó el contrato sin justificación	008, 009, 195, 226.
No existen informes de interventoría	008, 009.
Se vulneró la selección objetiva	008, 009, 011, 014, 022, 030, 031, 037, 040, 041, 049, 076, 037, 039.
Se contrató por encima de lo ofrecido.	010.
No existe póliza de cumplimiento.	023, 040, 041, 049.
No existe certificado de existencia y representación	40, 038.
No se verificó pago a la seguridad social.	040, 197, 039, 281
No registran los documentos del contratista o fueron allegados después de firma del contrato	049, 050, 251, 197, 280, 281, 282, 039

Al respecto, encuentra la Sala que es cierto lo asegurado por la accionante referente a que en la auditoría no se precisaron las normas quebrantadas con las irregularidades

halladas y tampoco se señaló la forma correcta en que debían adelantarse las etapas contractuales, sin embargo, por este solo hecho no puede afirmarse que lo incluido en la misma obedece a aseveraciones de carácter subjetivo del grupo de control interno, puesto que las normas contractuales que rigen las entidades estatales son de público conocimiento y, por tanto, debieron ser tenidas en cuenta por la señora Salazar Achinte. Además, basta con remitirse a estas para contrastar su contenido con el de la auditoría y determinar si lo en ella contemplado evidencia la vulneración de estas o no, valoración que hizo la autoridad disciplinaria en la etapa procedimental correspondiente.

Ahora bien, ya en curso el proceso administrativo sancionatorio, la Oficina Disciplinaria inspeccionó los contratos objeto de controversia con el propósito de verificar las irregularidades informadas. Los hallazgos fueron los siguientes⁹⁰:

Inconsistencias encontradas en la inspección a los contratos	Contratos en los que se halló la irregularidad
No se existió estudio de la necesidad, justificación y conveniencia	008, 009, 010, 012, 040, 049, 050, 080, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 266, 267, 274, 280, 281, 282, 03, 037, 038, 039, 040,
No existe evaluación de propuestas	008, 009, 010, 040, 197, 250, 251, 266, 274, 280, 281, 282, 037, 039, 040
No existe invitación a oferentes	008, 009, 010, 012, 040, 049, 080, 197, 226, 248, 250, 251, 266, 267, 274, 281, 282, 037, 038, 039, 040
No existen términos de referencia	010, 040, 049, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 249, 250, 251, 266, 28 040
El registro presupuestal se elaboró antes de la suscripción del contrato o de forma irregular o no existe	008, 009, 010, 011, 014, 022, 030, 041.

⁹⁰ Folios 155 a 181 del cuaderno 1.

Se adicionó el contrato sin justificación	008, 009, 195, 226.
No existen informes de interventoría	008, 009.
Se vulneró la selección objetiva	008, 009, 011, 014, 022, 030, 031, 037, 040, 041, 049, 076, 037, 039.
Se contrató por encima de lo ofrecido.	010.
No existe póliza de cumplimiento.	023, 040, 041, 049.
No existe certificado de existencia y representación	40, 038.
No se verificó pago a la seguridad social.	040, 197, 039, 281
No registran los documentos del contratista o fueron allegados después de firma del contrato	049, 050, 251, 197, 280, 281, 282, 039

Aunque las anomalías halladas en la auditoría inicial que realizó la Oficina de Control Interno no coinciden con todas las que pudo verificar la oficina disciplinaria en la inspección, ese era precisamente el objeto de la práctica de esta última prueba, pues se decretó para corroborar y profundizar en lo informado de manera preliminar por los servidores públicos que realizaron la auditoria.

Así lo expresó CAPRECOM al ordenar, en el auto que dio apertura a la investigación disciplinaria⁹¹, «[...] Realizar inspección sobre los contratos relacionados en el acápite de pruebas, los cuales se anexan y constan en siete (7) cuadernos, a **efectos de verificar las irregularidades que fueron denunciadas respecto de cada uno de ellos** [...]»(Subraya la Sala).

⁹¹ Folios 75 a 79 del cuaderno 2.

En ese orden de ideas, no resulta violatorio del derecho al debido proceso que, a lo largo de la indagación preliminar y de la investigación disciplinaria, se precisen, con apoyo en las pruebas practicadas, los hechos que van a servir de fundamento para endilgarle la falta disciplinaria al sujeto pasivo de la acción pues precisamente este es el propósito de las etapas procesales mencionadas.

De esta manera, era probable que los resultados de la auditoría y de la inspección no coincidieran en un todo en lo que respecta a los hallazgos de cada contrato, empero ello no significa que las anomalías en los procesos contractuales no se materializaron, puesto que algunos resultados de la inspección sí concuerdan con lo evidenciado en la auditoría según pasa analizarse:

Análisis resultados de la auditoría y la inspección		
Irregularidad	Contratos en los que se encontró irregularidad en ambas actuaciones	Los hallazgos de irregularidades en la inspección fueron más que en la auditoría
No existe estudio de la necesidad, justificación y conveniencia.	008, 009, 010, 040, 049, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 266, 267, 274, 280, 281, 282, 03, 037, 038, 039, 040,	008, 009, 010, 012, 040, 049, 050, 080, 195, 196, 197, 226, 232, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 266, 267, 274, 280, 281, 282, 03, 037, 038, 039, 040,
No existe invitación a oferentes	008, 009, 040, 049, 080, 197, 226, 281, 282, 037, 038, 039, 040	008, 009, 010, 012, 040, 049, 080, 197, 226, 248, 250, 251, 266, 267, 274, 281, 282, 037, 038, 039, 040

No existe evaluación de las propuestas	008, 009, 040, 197, 039, 040.	008, 009, 010, 040, 197, 250, 251, 266, 274, 280, 281, 282, 037, 039, 040.
El registro presupuestal fue emitido irregularmente.	008, 010, 011.	008, 009, 010, 011, 014, 022, 030, 041.
Se registró adición del contrato sin justificación	008, 009, 226.	008, 009, 195, 226.
No existió selección objetiva del contratista	008, 009, 011, 014, 030, 031, 037, 040, 041, 049, 076, 037, 039.	008, 009, 011, 014, 022, 030, 031, 037, 040, 041, 049, 076, 037, 039.
No se suscribió la póliza de cumplimiento o se suscribió después de iniciada la ejecución del contrato	040, 041, 049.	023, 040, 041, 049.
No existen documentos o constancias del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud.	040	040, 197, 039, 281

Nótese que la auditoría que efectuó la Oficina de Control Interno y la inspección realizada por la Oficina Disciplinaria coinciden, en varios contratos, respecto de las anomalías presentadas. Empero, de forma general, fueron más las irregularidades halladas en la

inspección dentro del proceso disciplinario⁹², lo que no desdice de la naturaleza probatoria que, en todo caso, también le asistía a la auditoría en cuestión.

Ahora, si bien esta última fue mencionada en el pliego de cargos como parte del material probatorio, para la Subsección ello sucedió porque CAPRECOM contaba con la inspección que efectuó la autoridad disciplinaria y la cual corroboraba parte del contenido de aquella, según se determinó. Basta leer el pliego de cargos para confirmar esta aseveración⁹³:

«[...] Analizados los antecedentes expuesto, las prueba obrantes en el expediente **y luego de haber realizado una ardua inspección a cada uno de los contratos con el fin de corroborar o desestimar las observaciones e irregularidades puestas en conocimiento del despacho,** se encuentra que efectivamente el proceso de contratación en la Regional Cauca durante los años 2006 a 2007, se adelantó sin que observaran los requisitos exigidos para cada una de sus etapas [...]» (Resalta la Sala).

De igual manera, al examinar el acto sancionatorio de primera instancia se puede concluir que, aunque citó la auditoría efectuada, a esta solo le otorgó fuerza probatoria porque muchas de las irregularidades encontradas fueron comprobadas en la inspección. Al respecto, la entidad señaló⁹⁴:

«[...] **situación corroborada por el despacho con la inspección llevada a cabo a cada una de las carpetas contractuales allegadas al expediente,** pues en dicha inspección se verificó que cada una de las etapas contractuales adolecía de requisitos sustanciales y elementales para una contratación ajustada a la ley [...]» (Resalta la Sala).

Así las cosas, la Subsección advierte que CAPRECOM, al valorar la auditoría elaborada por la oficina de control interno, no vulneró el debido proceso de la demandante, en la medida que su análisis no fue aislado y se complementó con la inspección realizada por la autoridad disciplinaria y en la cual no solo se encontraron las irregularidades denunciadas sino incluso varias más, conforme se advirtió en precedencia. Además, lo demostrado en la inspección no fue refutado ni desvirtuado, de modo que el contenido de esta prueba era razón suficiente para que el titular de la acción disciplinaria formulara cargos y emitiera un acto sancionatorio.

En conclusión: La valoración de la auditoría efectuada por el grupo de control interno de CAPRECOM no vulneró el debido proceso de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte.

⁹² Es razonable que en la visita de la autoridad disciplinaria se hubieran encontrado más hallazgos que en la auditoría dado que esta última hace una verificación aleatoria del cumplimiento de requisitos, mientras que dentro del examen con fines probatorios se hace una revisión más detallada.

⁹³ Folio 186 del cuaderno 2.

⁹⁴ Folio 429 *ibidem*.

3. TERCER PROBLEMA JURÍDICO

¿Se vulneró el debido proceso de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte al no practicarse la prueba testimonial solicitada en los descargos?

La señora Sandra Patricia Salazar Achinte afirmó que la demandada quebrantó este principio al dejar de practicar la prueba testimonial solicitada bajo el argumento de que ella no informó acerca de la ubicación de los testigos. Para sustentar su cargo, agregó que esta información se encontraba en la base de datos de la entidad.

Pues bien, la autoridad administrativa el día 10 de marzo de 2009 decretó como pruebas solicitadas por la disciplinada en los descargos la ampliación de la versión libre de la señora Salazar Achinte y la recepción de la ampliación de los testimonios de las señoras Yonne Galvis Agredo, Paola Andrea Orozco Gutiérrez, María Silena Mina, María Eugenia Méndez y Heidi Córdoba⁹⁵.

También es cierto que las probanzas enunciadas no fueron practicadas dentro del proceso disciplinario. En efecto, respecto a la ampliación de la versión libre la personería municipal de Popayán (Cauca) certificó que la demandante, pese a que fue notificada el día 5 de mayo de 2008 de la diligencia, no se presentó a ella, por lo que fue imposible su realización⁹⁶.

Por otro lado, en el auto del 10 de marzo de 2009 la autoridad disciplinaria accedió a la prueba testimonial, empero requirió al apoderado de la investigada para que remitiera⁹⁷

«[...] al despacho vía fax dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de la comunicación que para tal efecto se libre, **las direcciones de cada una de las llamadas a declarar y el pliego de preguntas a realizar a cada una de ellas, ello con el objeto de estudiar la conducencia de dicho preguntado, para proceder posteriormente a otorgar comisión a la Personería de Popayán – Cauca.** De no ser allegada dicha información dentro del término establecido, dicha solicitud será declarada desierta [...]» (Subraya fuera de texto).

La demandada comisionó a la Personería Municipal de Popayán (Cauca) para la realización de las diligencias enunciadas, lo que hizo a través del Oficio 4912 del 20 de marzo de 2009 y le encomendó notificar de la decisión a la disciplinada y a su

⁹⁵ Folios 327 a 334 del cuaderno 2 de pruebas.

⁹⁶ Folios 346 y 359 *ibidem*.

⁹⁷ Folio 334 *ibidem*.

apoderado⁹⁸. La comisionada citó a los involucrados para ser notificados personalmente mediante los Oficios RM 00759 y RM 00760 el día 20 de abril de 2009, en los cuales se informó también la fecha fijada para la ampliación de la versión libre⁹⁹. Por su parte, el abogado de la señora Salazar Achinte se notificó de forma personal el día 7 de mayo de 2009¹⁰⁰.

Pese a lo anterior, la parte interesada en la prueba no suministró la información de las direcciones de los testigos y tampoco allegó el cuestionario que estas debían responder, practicándose únicamente y sin su comparecencia la ampliación de los testimonios de las señoras María Silena Mina Banguero y María Eugenia Méndez. La autoridad disciplinaria, por tanto, expidió el Auto del 15 de diciembre de 2009 que ordenó correr traslado para presentar alegatos¹⁰¹, etapa en la cual la investigada se pronunció empero, nada dijo con respecto a la no práctica de las evidencias decretadas¹⁰², procediendo la enjuiciada a proferir la decisión sancionatoria.

En este punto debe advertirse que por mandato de los artículos 128 y 129 de la Ley 734 de 2002, incumbe al Estado la carga de la prueba y el deber de encontrar la verdad real de lo sucedido a través de una investigación integral que se dirija a probar no solo la falta del servidor público sino también las razones que lo eximan de responsabilidad.

Conforme a este precepto era inadmisibile que la autoridad disciplinaria se abstuviera de llevar a cabo la ampliación de los testimonios faltantes, máxime cuando en las declaraciones iniciales se indagó a cada una de las citadas sobre la dirección donde residían y, por ende, sí tenía conocimiento previo de donde ubicarlas¹⁰³. No obstante, este proceder de la demandada por sí solo no puede generar la nulidad de las decisiones sancionatorias, por cuanto **i)** la probanza pudo ser debatida por la disciplinada a lo largo de la investigación y **ii)** porque esta no influyó de forma decisiva en la decisión disciplinaria.

En efecto, la Subsección advierte que aunque no se amplió la declaración de los testigos, ello no significa que la señora Salazar Achinte no contó con la oportunidad para contrainterrogarlos. Justamente, el primero de los presupuestos esbozados se materializó porque la prueba fue decretada en el auto que dio apertura a la investigación, el cual se notificó a la accionante¹⁰⁴ y en consecuencia esta tuvo conocimiento de la diligencia que se iba a realizar, por lo que, en ejercicio de los derechos que le otorga el ordinal 4.º del artículo 92 de la Ley 734 de 2002¹⁰⁵ podía participar de la actuación si a bien lo

⁹⁸ Folios 335 a 337 *ibidem*.

⁹⁹ Folios 347 y 348 del cuaderno de pruebas 2.

¹⁰⁰ Folio 358 *ibidem*.

¹⁰¹ Folios 400 a 401 *ibidem*.

¹⁰² Folios 424 y 425 *ibidem*.

¹⁰³ Folios 114 a 126 del cuaderno 1 de pruebas.

¹⁰⁴ Folio 99 del cuaderno de pruebas 1.

¹⁰⁵ Conforme al artículo 91 de la Ley 734 de 2002 «[...] La calidad de investigado se adquiere a partir del momento de la apertura de investigación o de la orden de vinculación, según el caso [...]». Por su parte el ordinal 4.º del artículo 92 *ibidem* advierte que el investigado puede «[...] 4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica [...]».

consideraba. Con todo, no ejerció este derecho dentro de esta oportunidad, lo que sin duda representó un desinterés en su defensa, si estimaba que refutar lo dicho por los testigos era fundamental para esta.

El segundo supuesto, tampoco se configuró porque, si bien la prueba testimonial fue citada en los actos sancionatorios, esta no fue concluyente en la responsabilidad de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte. En efecto, de lo aseverado por los testigos solo se dedujo que durante la dirigencia de la disciplinada en la seccional CAPRECOM del Cauca no se creó el comité de contrataciones y licitaciones que ordenaba la Resolución 2799 de 2003¹⁰⁶, situación que no es determinante en la decisión. En lo demás, la prueba testimonial no tuvo injerencia, puesto que las irregularidades existentes en los contratos se detectaron, en primer lugar, en la auditoría integral efectuada por la oficina de control interno y, en segundo lugar, con la inspección efectuada a los contratos por la autoridad disciplinaria. Además, las irregularidades imputadas estaban relacionadas con el incumplimiento de normas contractuales, lo que sin duda implica una discusión de carácter normativo y documental, que no podría suplirse con las declaraciones, en tanto que precisamente lo que se evidenció fue la falta de cumplimiento de requisitos formales en la celebración, ejecución y liquidación contractual.

De acuerdo con ello, la no práctica de la prueba testimonial tampoco representó una vulneración del debido proceso. Lo anterior, toda vez que la jurisprudencia de esta corporación ha entendido que no toda irregularidad que pueda darse dentro del trámite disciplinario constituye una violación de este ni conlleva la nulidad de los actos administrativos sancionatorios. Para que esta se genere es necesario que la anomalía sea de tal trascendencia que, de no haber ocurrido, el resultado del proceso fuere otro¹⁰⁷, lo que no sucede en el *sub examine*, por cuanto la prueba testimonial no tenía la fuerza para desvirtuar los hallazgos de la inspección efectuada, luego la decisión no iba a variar con su práctica.

Además, advierte la Subsección, que la demandante conoció del auto que dispuso el cierre del periodo probatorio y en el que se ordenó correr traslado para alegatos, y sin embargo no presentó recurso alguno en contra de este ni se refirió a la prueba no practicada en el escrito de alegaciones que radicó.

Para la Subsección la postura que asumió la señora Salazar Achinte de guardar silencio sobre el particular y alegar como estrategia de su defensa en el recurso de apelación y en vía judicial, la vulneración del debido proceso por haberse emitido el fallo disciplinario sin la prueba testimonial pedida, representa sin duda un quebrantamiento al principio de

¹⁰⁶ Ver decisión de primera instancia folios 430 y 431 del cuaderno 2.

¹⁰⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Providencia del 10 de marzo de 2016. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00615-00(2368-11). Actor: Jhon Jairo Restrepo Aguirre. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional. Ver también la sentencia proferida el 25 de febrero de 2016. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00148-00(0639-12). Actor: Jhon Edwin Tenjo Gutiérrez. Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional. Así mismo sentencia del 4 de febrero de 2016 de la Subsección B con radicado 11001-03-25-000-2012-00146-00(0627-12).

lealtad procesal porque con posterioridad se valió de sus propias omisiones dentro del proceso para exigir la nulidad de los actos sancionatorios¹⁰⁸, lo que no puede ser un argumento válido para dejarlos sin efectos.

En conclusión:

No se presentó quebrantamiento del debido proceso con la ausencia de la práctica de la prueba testimonial solicitada por la demandante, toda vez que la esta probanza no fue determinante para dilucidar la responsabilidad y su práctica carecía de fuerza suficiente para cambiar la decisión.

4. CUARTO PROBLEMA JURÍDICO

¿La sanción impuesta a la señora Sandra Patricia Salazar Achinte es desproporcionada?

- La culpabilidad en materia disciplinaria y su relación con la sanción a imponer.

Para que un servidor sea declarado disciplinariamente responsable de una falta descrita previamente por la ley, se requiere necesariamente la existencia de un elemento subjetivo de la conducta, es decir, que haya sido cometida a título de dolo o culpa, lo cual se deriva del contenido mismo del artículo 29 de la Constitución Política al establecer «[...] toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente **culpable** [...]».

De esta forma, está excluida toda forma de responsabilidad objetiva¹⁰⁹, como un simple juicio de reproche por la coincidencia del comportamiento desplegado con el tipo disciplinario, la infracción del deber impuesto o de la prohibición decretada.

Este principio de culpabilidad fue definido por la Corte Constitucional como «[...] la misma responsabilidad plena, la cual comporta un juicio de exigibilidad en virtud del cual se le

¹⁰⁸ Sobre el particular, la jurisprudencia ha manifestado que no comporta una conducta respetuosa del principio de lealtad procesal el guardar silencio en la etapa probatoria de la actuación disciplinaria, para posteriormente en el juicio contencioso administrativo invocar falencias procesales del trámite para lograr su anulación. Ver sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 15 de mayo de 2013. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00571-00(2196-11). Actor: Jorge Eduardo Serna Sánchez. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

¹⁰⁹ Artículo 13 de la Ley 734 de 2002.

imputa al servidor estatal la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen, dentro de un proceso que se ha de adelantar con la observancia de las reglas constitucionales y legales que lo regulan, garantizando siempre un debido proceso y el ejercicio pleno del derecho de defensa que le asiste al imputado [...]»¹¹⁰, y tiene aplicación dentro del derecho disciplinario, al igual que en el derecho penal, en el cual se consagran garantías sustanciales y procesales en favor del investigado en aras del respeto de sus derechos fundamentales, y además, para controlar la potestad sancionadora del Estado¹¹¹.

Es relevante igualmente señalar que la culpabilidad tiene incidencia directa en la imposición de la sanción¹¹², relación respecto de la cual esta Subsección precisó¹¹³

«[...] El principio de dolo o culpa, nos permite distinguir diversos grados de culpabilidad en la comisión de la infracción, los cuales deben ser considerados por el órgano administrativo competente en el momento de individualizar la sanción. De este modo, el principio de culpabilidad coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite una mayor adecuación entre la gravedad de la sanción y la del hecho cometido.

Una sanción proporcionada exigiría, por tanto, la previa consideración de si el ilícito ha sido cometido a título de dolo o culpa, así como del grado en que estos elementos han concurrido. Es notorio que el principio de proporcionalidad impide que por la comisión imprudente de una infracción, se imponga la sanción en su grado máximo [...] pues ese límite máximo correspondería a la misión dolosa¹¹⁴ [...]»

De esta manera, las autoridades deben verificar si la conducta que se atribuye al encartado fue cometida con dolo o culpa, es decir de forma intencional o por descuido. La Ley 734 de 2002, en el parágrafo del artículo 44, definió los conceptos de culpa grave y culpa gravísima así

«[...] Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta

¹¹⁰ Sentencia C-310 de 199

¹¹¹ En este sentido ver las sentencias C-195 de 1993, C-280 de 1996, C-306 de 1996, C-310 de 1997, entre otras.

¹¹² Artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

¹¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B Sentencia del 19 de mayo de 2011, Radicación: 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-2005) Actor: Remberto Enrique Corena Silva Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, sentencia del 20 de marzo de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00902-00(2746-12) Actor: Víctor Virgilio Valle Tapia Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

¹¹⁴ De Palma del Teso, Ángeles, «El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador». Editorial Tecnos. Madrid (España), 1996. Páginas 45 y 46.

disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones [...]».

Por otro lado se ha definido que el dolo está integrado: i) por el conocimiento de que los hechos son constitutivos de infracción disciplinaria y, ii) por la voluntad en la realización de la conducta. Por tanto, cuando estas dos circunstancias concurren es dable afirmar que la conducta fue realizada a título de dolo. Sobre el particular la jurisprudencia ha indicado¹¹⁵:

«[...] Por otra parte por la vía de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina se ha aceptado que el dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinado conoce la tipicidad de su conducta y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales, con lo cual el conocer involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a ello se realiza la conducta es porque efectivamente quiere el resultado [...]»

- Criterios para la clasificación y graduación de las faltas.

La Ley 734 de 2002 en su artículo 42 prevé que las faltas pueden ser gravísimas, graves y leves. Las primeras se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 48 *ibidem*, y las demás, conforme al artículo 43 de dicha normativa están sujetas al análisis de ciertas pautas, a efectos de determinar cuándo es grave o leve, así:

- «[...] 1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.

¹¹⁵ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Radicado: 11001-03-25-000-2013-00190-00(0449-13), del 29 de enero de 2015. Ver también sentencia T- 319 a de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.»

Nótese que una cosa es la clasificación de las faltas y otra distinta las diferentes manifestaciones de la culpa. Es decir, el servidor público puede actuar con dolo o con culpa (gravísima o grave). En relación con la culpa, el parágrafo del artículo 44 *ejusdem*, establece que la culpa gravísima tiene lugar cuando el funcionario incurre en la falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. A su vez, la culpa grave se presenta cuando se comete la falta por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona común le imprime a sus actuaciones.

Ahora bien es importante resaltar que si la conducta reprochable (falta gravísima, grave o leve) es cometida con culpa leve o levísima, la misma no será punible.

- Clasificación y límite de las sanciones.

En atención a que la imposición de la sanción trae consigo una disminución en los derechos del disciplinado, la graduación de esta debe hacerse a luz del principio de proporcionalidad, tal y como lo prevén los artículos 44 a 47 de la Ley 734 de 2002.

De conformidad con dichos artículos, las faltas gravísimas cometidas con dolo o culpa gravísima, dan lugar a la sanción principal de destitución y por consiguiente a la inhabilidad general para ejercer cargos y funciones públicas. Pero si la falta es gravísima cometida con culpa grave, la sanción es la de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial.

En el caso de las faltas graves y leves, la sanción dependerá de los siguientes parámetros:

- Si la falta es grave y fue cometida con dolo, la sanción es la de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial.
- Si la falta es grave culposa, la sanción será la suspensión del cargo, solamente y,
- Para las faltas leves culposas, la sanción es amonestación escrita.

Por su parte, el artículo 46 *ibidem* prevé los mínimos y los máximos de las sanciones, dentro de los cuales la autoridad disciplinaria debe moverse para imponer el correctivo, en armonía con los parámetros establecidos en el artículo 47 *ejusdem*.

- Límite de las sanciones.

Sanción	Límites
Inhabilidad general	De 10 a 20 años
Inhabilidad especial	De 30 días a 12 meses. (Cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.)
Suspensión en el ejercicio del cargo	De un mes a 12 meses.
Multa	De 10 a 180 salarios
Amonestación escrita	Se anota en la hoja de vida.

Por último, se resalta que en virtud del artículo 46 inciso 3.º de la referida normativa, en el caso de la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo, si el disciplinado ha cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, y no es posible ejecutar la sanción, o parte de ella; el término de la suspensión o el que falte, según el caso, se debe convertir en salarios, de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta.

- Criterios para graduar la sanción

El operador disciplinario por regla general para efectos de establecer el término de la inhabilidad o de la suspensión del funcionario y la cuantía de la multa, deberá tener en cuenta los presupuestos establecidos en el ordinal 1.º del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, que expresamente señala:

«**Artículo 47.** Criterios para la graduación de la sanción.

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:
 - a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;
 - b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;
 - c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;
 - d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;
 - e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;
 - f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;

- g) El grave daño social de la conducta;
 - h) La afectación a derechos fundamentales;
 - i) El conocimiento de la ilicitud
 - j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.
- [...]»

Sin embargo, en los eventos en que el individuo con una o varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, para graduar la sanción se deberán tener en cuenta los criterios descritos en el ordinal 2.º del referido artículo, los cuales son:

- «[...] Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
- b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
- c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
- d) Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal»

De los artículos transcritos se advierte que el legislador estableció unos lineamientos que permiten efectivizar el principio de proporcionalidad, como quiera que de un lado, determinó cuáles son las sanciones que corresponden a los distintos tipos de faltas y al grado de culpa con el que las mismas son cometidas y, de otro, fijó unos límites dentro de los cuales el juez disciplinario debe moverse.

- Caso concreto.

La señora Sandra Patricia Salazar Achinte afirmó que la sanción impuesta es *rigurosa* y desproporcionada, toda vez que no se tuvo en cuenta para su graduación su buen comportamiento.

Pues bien, la entidad consideró que la accionante, durante los años 2006 y 2007, cuando se desempeñó como directora territorial de CAPRECOM regional Cauca, suscribió varios contratos sin cumplir los principios de la función administrativa del artículo 209 constitucional, los principios de transparencia y responsabilidad contemplados en la Ley 80 de 1993, así como el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, los artículos 1.º y 2.º de la Ley 598 de 2000 y el artículo 1.º de la Ley 828 de 2003 para las etapas precontractuales, contractuales y poscontractuales, lo que dijo demostrar con las probanzas recaudadas en el trámite disciplinario y específicamente, con la auditoría realizada por el grupo de control

interno y la inspección de la autoridad disciplinaria a las carpetas que contenían los contratos.

Por este motivo le imputó cinco cargos todos relacionados con **la falta gravísima** establecida en el artículo 48 ordinal 1.º de la Ley 734 de 2002 «[...] 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 [...]».

La Oficina de Control Interno de CAPRECOM efectuó la imputación a título de **culpa gravísima** por considerar que aunque la disciplinada conocía la ilicitud de la conducta no era posible por este solo hecho, determinar que tuvo la voluntad de realizarla. En esa medida, adujo que la señora Salazar Achinte actuó con culpa al proceder sin atender en debida forma los deberes, obligaciones y prohibiciones propias de su cargo como ordenadora del gasto y encargada de llevar a cabo los procesos de contratación de CAPRECOM.

Según se estableció en el análisis del primer problema jurídico, los cargos segundo, tercero, cuarto y quinto deben ser excluidos como sustento de la tipificación de la falta disciplinaria que se le endilgó y por la que se sancionó a la actora. Sin embargo, ello no es motivo suficiente para negar la tipificación de la falta contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 pues quedó demostrada la configuración del cargo primero por la violación de los principios de la función administrativa, transgresión que se concretó en el desconocimiento de las reglas fijadas en los artículos 1 de la Ley 828 de 2003 y 1 y 2 de la Ley 598 de 2000. Así, aunque no le asistió plenamente la razón a la entidad demandada en la fundamentación de la decisión sancionatoria, lo cierto del caso es que aquella, al menos parcialmente, acertó en la configuración de uno de los cargos por la infracción de los principios y reglas señaladas, lo que basta para predicar que se estructuró la falta imputada.

Ahora bien, la Sala comparte el criterio esbozado por CAPRECOM relativo a la culpa gravísima con que obró la demandante pues se acreditó que su actuación desatendió los deberes y obligaciones que imponían aquellas normas en los procesos de contratación que lideró entre 2006 y 2007 como directora regional de la institución. Además, porque la profesión que ostenta la señora Salazar Achinte como abogada y su especialización en alta gerencia le permitían conocer que el régimen de contratación por el que se regía la entidad, luego sabía que el no exigir o no procurar el acatamiento de este representaba una clara vulneración de las normas disciplinarias y, sin embargo, no tomó las medidas ni los correctivos necesarios para encauzar la contratación por la vía legal adecuada.

Si bien, aclara la Sala, lo anterior también puede llevar a la conclusión de que el proceder se dio a título de dolo, la Subsección mantendrá la calificación que se efectuó en el trámite administrativo, en aras de no agravar la situación de la accionante. En consecuencia, con fundamento en ello pasará a revisar si el correctivo impuesto fue el adecuado.

Según se indicó, conforme el ordinal 1.º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 la sanción que debe imponerse para las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima es la de destitución e inhabilidad general. Igualmente, el límite de la inhabilidad para esta sanción la señaló el artículo 46 *ibidem* de diez a veinte años.

Ahora, para la graduación en el *sub examine*, es menester dar aplicación a lo contemplado en el artículo 47 *eiusdem*, y específicamente lo relacionado en el literal (j) del ordinal 1.º que señala como un criterio de graduación el hecho de «[...] Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad. [...]», ello en atención al empleo que ocupaba la demandante como directora regional de CAPRECOM Cauca. También rige en este caso lo consagrado en el ordinal segundo de la misma disposición en cuanto dispone que a quien, siendo merecedor de la sanción de destitución e inhabilidad general, infrinja varias veces la misma disposición, se le se incrementará la última hasta en otro tanto, sin exceder el máximo de ley.

Lo anterior porque con el actuar de la señora Sandra Patricia Salazar Achinte se quebrantó varias veces el ordinal 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En esa medida, es claro que la sanción impuesta por la demandada a la accionante no resultó desproporcionada o carente de razonabilidad, toda vez que la procedente para su conducta era la de destitución e inhabilidad general y esta podía oscilar entre 10 y 20 años. Para la Subsección, el que se haya fijado en trece, no implicó el desbordamiento de los parámetros legales, máxime cuando la normativa advierte que en los eventos en que se infrinja varias veces la misma disposición, el correctivo puede tasarse un poco más alto al que originalmente corresponde sin exceder el límite legal, tal cual fue resuelto por la hoy enjuiciada.

En conclusión:

La sanción que la autoridad impuso a la señora Sandra Patricia Salazar Achinte no fue desproporcionada y atendió los parámetros fijados en los artículos 44 a 47 de la Ley 734 de 2002.

Decisión

De esta manera, al no encontrarse probado ninguno de los cargos endilgados en contra de los actos acusados, la Subsección denegará las pretensiones de la demanda.

Reconocimientos de personería y aceptación de renuncia

Se acepta la renuncia al poder que hizo la abogada Judy Mahecha Péaz identificada con cédula de ciudadanía 39.770.632 y tarjeta profesional 101.770 del Consejo Superior de la Judicatura visible en el folio 397, de acuerdo con el artículo 76 del CGP.

Reconocer personería al doctor Juvenal Niño Landez, identificado con c.c. 5.661.0254 y tarjeta profesional 145.254 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de Caja de Previsión Social de Comunicaciones en liquidación en los términos y para los efectos del poder conferido visible en el folio 418 del cuaderno principal.

No hay lugar a la condena en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA, vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

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

FALLA

Primero: Declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cosa juzgada administrativa, caducidad, estabilidad del acto administrativo y acción administrativa en cumplimiento de un deber legal propuestas por la entidad demandada.

Segundo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora Sandra Patricia Salazar Achinte en contra de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM.

Tercero: Sin condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto: Se acepta la renuncia al poder que hizo la abogada Judy Mahecha Péaz identificada con cédula de ciudadanía 39.770.632 y tarjeta profesional 101.770 del Consejo Superior de la Judicatura visible en el folio 397, de acuerdo con el artículo 76 del CGP.

Quinto: Reconocer personería al doctor Juvenal Niño Landez, identificado con c.c. 5.661.0254 y tarjeta profesional 145.254 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de Caja de Previsión Social de Comunicaciones en liquidación en los términos y para los efectos del poder conferido visible en el folio 418 del cuaderno principal.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ