



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 110010325000201500480 00 (1211-2015).
Demandante: LUZ ÁNGELA RINCÓN ESCOBAR.
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Temas: Control judicial integral de los actos sancionatorios disciplinarios. Juicio de tipicidad. Elementos necesarios para la configuración de la falta disciplinaria gravísima consagrada en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, por participar en la actividad contractual con desconocimiento de los principios constitucionales y legales de la contratación estatal y la función administrativa. Ilícitud sustancial y culpabilidad.

Decisión: Se deniegan las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA (Decreto 01 de 1984)

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dicta la sentencia que en derecho corresponda, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo (CCA)¹, que se tramitó por la demanda interpuesta por la señora Luz Ángela Rincón Escobar en contra de la Procuraduría General de la Nación, con ocasión de la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por diez años que le fue impuesta, en su calidad de asesora jurídica de la Unidad Administrativa Especial para Proyectos y Contratación del Departamento del Meta.

LA DEMANDA²

Pretensiones

De nulidad:

¹ Vigente para la época de la demanda, dado que fue invocada el 11 de febrero de 2009, según acta individual de reparto visible a folio 193 del cuaderno principal. Sobre el punto se destaca que, el proceso fue inicialmente surtido ante el Tribunal Administrativo del Meta, empero, con ocasión de la sentencia de unificación del 8 de octubre de 2015, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación, se avocó conocimiento de la presente acción en única instancia por medio de auto del 11 de diciembre de 2015 (folios 22 a 24 del cuaderno 4).

² Folios 1-17 del cuaderno físico principal del proceso.



- Declarar la nulidad del acto sancionatorio del 29 de mayo de 2008, expedido por el viceprocurador general de la Nación, por el cual fue destituida e inhabilitada por el término de 10 años para ejercer cargos y funciones públicas.
- Declarar la nulidad del acto administrativo que confirmó en segunda instancia la sanción impuesta a la demandante, y que fue proferido el 28 de julio de 2008 por el procurador general de la Nación.

De reparación del daño³:

- Condenar a la Procuraduría General de la Nación a realizar todas las actuaciones tendientes a eliminar el registro de las sanciones en su contra en el SIRI, así como rectificar la información consignada en su contra.
- Pagar los perjuicios morales causados con los actos administrativos demandados, estimados en 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Fundamentos fácticos relevantes esbozados en el escrito de la demanda⁴

1. La señora Luz Ángela Rincón Escobar ingresó a laborar en la Unidad Administrativa Especial para Proyectos y Contratación del departamento del Meta, en el cargo de asesora jurídica el 1.º de agosto de 2003.
2. En virtud de las funciones a ella asignadas, suscribió junto con la directora de la entidad, los convenios 1620 del 8 de agosto de 2003, 1974 del 28 de agosto de 2003 y 2863 del 10 de octubre de 2003, los cuales tenían por objeto: «que EDESA, realice la administración y gerencia integral de proyectos de los sectores de agua potable y saneamientos básico correspondiente a los recursos destinados para este efecto por el departamento del Meta, en cumplimiento de la Ley 489 de 1998».
3. El 23 de octubre de 2007 le formularon pliego de cargos dentro del proceso 156-158060-2005, por infracción de los artículos 3, 24 numerales 1 y 8, 25 numeral 3, 26 numerales 1.º, 2.º y 4.º, 29 de la Ley 80 de 1993; artículo 3.º numeral 1.º del Acuerdo 003 del 30 de julio de 2003; y la violación de los artículos 34 numeral 1.º y 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, en el que se calificó la falta como gravísima. Dicho acto fue suscrito por la doctora Amanda Patricia Nauzan Ceballos.
4. El 29 de mayo de 2008 se expidió el fallo sancionatorio de primera instancia, del cual se extrae de la página 94 que el mismo fue preparado por la misma persona que dictó el pliego de cargos.
5. La anterior decisión fue apelada ante el despacho del procurador general de la Nación quien, en fallo del 24 de julio de 2008, confirmó la primera decisión en la que

³ Se advierte que estas pretensiones fueron identificadas en la demanda como de restablecimiento del derecho. Sin embargo, en estricto sentido, corresponden a la pretensión procesal de reparación del daño consagrada en el artículo 85 del CCA, que prevé que «toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño**». (Negrita fuera de texto). En todo caso, es menester aclarar que una hipotética declaración de nulidad de los actos acusados conllevaría un restablecimiento automático del derecho respecto de la sanción de inhabilitación general que le fue impuesta al demandante.

⁴ Las valoraciones jurídicas que hizo la apoderada del demandante sobre estos hechos serán abordadas en los problemas jurídicos de la presente sentencia.



se le sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años.

6. La providencia de segunda instancia no le fue notificada ni comunicada en los términos del artículo 101 y subsiguientes del CDU, y solo se enteró casualmente de ella por vía radial, de modo que, luego de comunicarse con la Procuraduría General de la Nación, esta le fue puesta en conocimiento vía correo electrónico el 9 de octubre de 2008.

Normas violadas y concepto de violación

Para la parte demandante, los actos administrativos sancionatorios acusados desconocieron, entre otras, las siguientes normas: artículos 2, 21, 29 y 83 de la Constitución Política de Colombia; 3.º y 24 de la Ley 80 de 1993; 95 de la Ley 489 de 1998; 5.º, 6.º y 20 de la Ley 734 de 2002; 2.º, 4.º, 5.º y 13 del Acuerdo 003 de 2003.

En síntesis, el concepto de violación lo formuló así:

La libelista afirmó que para la materialización de los fines esenciales del Estado y de la contratación pública, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 permite la suscripción de convenios interadministrativos, como los que fueron signados entre la Unidad de Contratación Departamental del Meta y la empresa EDESA ESP. En ese sentido, indicó que desconocer el anterior precepto hace nugatoria la existencia del artículo 288 constitucional, así como la Ley 142 de 1994, en tanto que impediría el desarrollo de una labor armónica, coordinada, concurrente y colaborativa entre las entidades públicas, así como el desconocimiento del principio de la buena fe.

Lo anterior, por cuanto las afirmaciones del ente acusador, sostuvo, provinieron de la suposición de que se actuó con un ánimo diferente al previsto en la ley, mas no porque se hubiese causado una lesión efectiva a los intereses del Estado o con inobservancia de las normas. Reiteró que la acusación del ente disciplinario se centró en el hecho de utilizar la figura del convenio, no si esta había causado un detrimento o que hubiese resultado lesiva y, por el contrario, cumplió todos los objetivos propuestos.

Sostuvo que la prueba documental allegada al proceso disciplinario permitía advertir que ingresó a laborar en la Unidad Administrativa Especial para Proyectos y Contratación del departamento del Meta el 1.º de agosto de 2003 como jefe de la oficina asesora jurídica, para ejercer las funciones asignadas a dicho cargo según el Acuerdo 003 del 30 de julio de 2003, y en el cual se consignó que este comprendía «la coordinación y asesoría de la labor desarrollada por los funcionarios designados al área jurídica y el área de archivo de la Unidad de proyectos y contratación [...]». Que la anterior disposición fue desconocida por cuanto en la acusación se omitió su aplicación y, en su lugar, se amplió su ámbito funcional, en el entendido de que se extendió este «al proceso de selección de contratista, análisis de costos o precios de mercado y asesoramiento» a sus superiores, cuando dichas funciones estaban a cargo de la directora de la unidad, de la secretaría financiera y de la secretaría de despacho.

Sobre el particular, agregó que fue esta última servidora quién solicitó y suscribió los estudios de oportunidad y conveniencia, las disponibilidades presupuestales, así como los demás documentos soporte para que solicitaran ante la unidad de



contratación la celebración de los convenios. Asimismo, adujo en cuanto al asesoramiento, que su función recaía directamente sobre los funcionarios del área jurídica, quienes no intervinieron en el proceso contractual.

Señaló también que el aparte citado del Acuerdo 003 de 2003 definió y concretó su ámbito funcional en su labor como asesora, creó el marco general de su actuación, resumió los funcionarios o empleados a los que debía asesorar, estableció los parámetros sobre los cuales debía ejercer su función específica y delimitó sus competencias, por lo que no podía hablarse de incumplimiento en la función de asesoría sobre la escogencia del contratista a la directora de la unidad, cuando no tenía asignada dicha función.

La demandante sostuvo que los argumentos en los que la Procuraduría General de la Nación sustentó su acusación son falsos, toda vez que en la oficina jurídica no recaía la obligación de hacer el análisis de costos, además que dicha función nunca le fue asignada, y que por lógica, consideró, que no es propia de un abogado o asesor jurídico; que para ello la unidad de contratación contaba con profesionales idóneos y que, en consecuencia, los actos acusados fueron expedidos con total desconocimiento de las normas en que debían fundarse y, reiteró, con fundamento en motivos ajenos al sentido de la norma.

Adujo que el ente acusador desconoció el manual interno de contratación de la unidad, que fuera adoptado en el año 2003, y en el cual se reglamentó que el análisis de costos correspondía a una etapa previa que se surtía en las respectivas secretarías de despacho, además que dicho documento preveía y definía la intervención de cada funcionario de acuerdo con el momento en que se encontrara el trámite contractual. Bajo esa consideración, añadió que el cargo disciplinario a ella endilgado no procedía por cuanto, reiteró, no tenía en sus funciones la decisión respecto de la escogencia de los contratistas, y que la suscripción de los convenios cuestionados se hizo soportada en los documentos allegados por los funcionarios responsables del proceso según el manual de procedimientos contractuales.

Afirmó que ni ella ni la oficina jurídica de la unidad rendían «conceptos respecto de los trámites y documentos elaborados en otras dependencias», por cuanto ello se salía de su marco de competencia y naturaleza de su cargo, de modo que, allegada la documentación, se verificaba que estuviera jurídicamente acorde al trámite a adelantar; y en cuanto a los convenios, resaltó que adelantados estos «y haberse remitido por parte de las dependencias de la administración central los documentos que informaban sobre análisis técnico y financiero de viabilidad» se procedió a dar trámite a la solicitud.

Recalcó además que los reparos de la Procuraduría apuntaron a la violación del deber de selección objetiva por no realizar el análisis de costos y el asesoramiento sobre aspectos de carácter técnico, mas no por el jurídico, por lo que consideró que el supuesto que dio origen a la investigación se originó en deficiencias técnicas que no eran de su competencia o de la dependencia jurídica, pues el mismo ente de control concluyó que era viable acudir jurídicamente a la celebración de convenios.

Señaló que al dictar la decisión de segunda instancia el ente sancionador se percató que la libelista no tenía un cargo de nivel directivo sino asesor, pero que solo corrigió el yerro en el aspecto formal, pues continuó asignándole funciones y responsabilidades que no le concernían. Por lo mismo, indicó que pese a que en su



condición de funcionaria pública tenía el deber de velar por el cumplimiento de los cometidos estatales, tal afirmación no podía ser tan amplia y abierta como señaló el acusador, por cuanto no debía pretenderse que una «asesora jurídica fuera la vigilante de las funciones de otros servidores, máxime cuando estas no comportaban aspectos jurídicos, tales costos, comparación de precios o análisis de mercado e idoneidad técnica de contratistas».

De otra parte, sostuvo que no podía el órgano de control endilgarle responsabilidad disciplinaria «de forma gaseosa, encuadrar mi conducta en la regla general de velar por la correcta administración pública», por lo que, aclaró, era necesario e indispensable señalar la conducta concreta y armonizarla al deber funcional y la lesión producida; además, no se demostró la afectación a la moralidad pública cuando se dio estricta aplicación a las normas constitucionales y legales.

Agregó que se desconocieron los artículos 5.º, 6.º y 20 de la Ley 734 de 2002, en tanto para que la falta sea considerada ilicitud sustancial se requería demostrar la afectación al deber funcional y la inexistencia de justificación para ello. En ese sentido, insistió en que no desconoció su deber funcional y que, por el contrario, su intervención se apegó a sus deberes, sin extralimitarse como lo pretendió la Procuraduría.

De igual forma, consideró que mal podía calificarse su actuación como una falta ilícita, por cuanto intervino en lo que jurídicamente le correspondía, con el pleno convencimiento de que su actuar estuvo acorde a lo regulado por la ley, y que, al no existir afectación al deber funcional, resultaba inocuo justificar su conducta.

La demandante agregó que no podía el ente acusador desconocer o interpretar en forma extensiva las normas que regulaban su función. Sobre el particular, indicó que las competencias de la oficina jurídica estaban delimitadas por la naturaleza del empleo; que solo tenía a su cargo ejecutar funciones de carácter jurídico entre las cuales no están las técnicas o financieras; no le asistían funciones de selección o determinación de contratistas; y que por ello, no podía la Procuraduría llegar a conclusiones sobre responsabilidad, basada en presunciones y bajo desconocimiento de las normas que regulaban la actividad de cada uno de los profesionales que intervinieron en el asunto.

Destacó que lo más relevante es que el objetivo de los convenios apuntaba al mejoramiento de la función estatal, el cual se cumplió, por lo que no podía hablarse de lesión a los fines estatales, no se demostró la existencia de un detrimento patrimonial o «incumplimiento de contrato que evidencia lesión», para lo cual acudió el alcance del término «deber funcional» precisado en la sentencia C-948 de 2002 de la Corte Constitucional.

Por último, la libelista expuso que los actos demandados lesionaron seriamente su derecho fundamental a la honra; y que el ente acusador hizo una lectura errada de las funciones específicas de su cargo en tanto que: i) tenía competencia en el área jurídica, no de costos o para evaluar la idoneidad técnica de los contratistas; ii) dentro de la oportunidad y periodicidad requeridas, por lo que no se podía entender que su actuar fuera oficioso; iii) que las actividades debían ser coordinadas, lo que se hizo con la autoridad que tenía la iniciativa en la contratación y que se ejecutó con la verificación de documentos para el inicio del trámite en el aspecto jurídico, mas no sobre el contenido de los documentos técnicos aportados por las dependencias



competentes y firmados por los funcionarios calificados para ello y; iv) su actividad era rogada, sin que se demostrara que le fue solicitado realizar algún análisis jurídico particular.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

Pronunciamiento frente a las pretensiones

La Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que la actuación de la autoridad disciplinaria fue válida y estuvo ajustada al ordenamiento jurídico.

Manifestación frente a los hechos de la demanda

En síntesis, expuso que los hechos descritos en el acápite de la demanda corresponden a un recuento de «los argumentos de oposición a los fallos disciplinarios».

Excepciones

No formuló.

Argumentos de defensa

En primer término, el organismo de control hizo referencia a lo expuesto por la señora Rincón Escobar, quien afirmó que el gobierno departamental, a través de su unidad especial y por medio de los citados convenios, hizo entrega de recursos a una entidad descentralizada del orden departamental, la cual estaba recién creada y en una fase preoperativa, de manera que para implementar aquella, el departamento estimó conveniente y oportuno entregar a EDESA ESP, a través de convenios, los recursos necesarios para hacer viable el cumplimiento de los fines estatales para los cuales fue creada y, en consecuencia, la finalidad de los convenios interadministrativos suscritos era entregarle recursos a dicha entidad para apoyarla en su fase preoperativa.

Sobre el particular, sostuvo que la entidad demandada no desconoce que la ley permite la suscripción de convenios interadministrativos, y que el artículo 24 numeral 1.º de la Ley 80 de 1993 prevé, como regla general, el proceso de licitación pública para la escogencia del contratista, y por vía de excepción, es posible acudir a procedimientos especiales que en virtud de la misma ley, son de aplicación restrictiva. Sin embargo, señaló que para que proceda la contratación directa, los entes contratistas deben estar en condiciones de poder ejecutar idóneamente el objeto del contrato y tener la infraestructura y condiciones que garanticen que son la mejor opción.

En ese sentido, consideró que no se trataba de una apreciación del ente de control que los referidos convenios tenían como objeto eludir los procesos de licitación pública, por cuanto el estudio de los mismos permitió a la Procuraduría General de la Nación evidenciar que tan solo 27 días después de su creación, y sin contar aún con una estructura técnica ni una planta de personal adecuada, se suscribieron los

⁵ Folios 217-231.



convenios interadministrativos 1620 y 1974 de 2003, en los que se comprometieron recursos por valor de \$17.800.000.000 aproximadamente.

De igual forma, agregó que si bien para la demandante la suscripción de los convenios también se sustentaba en la naturaleza jurídica de EDESA, quien poseía un régimen especial de contratación que le permitía subcontratar de manera directa con personas jurídicas y naturales, a juicio del órgano de control dicho beneficio no quedó demostrado, por cuanto la entidad no tenía el personal necesario para ejecutar los convenios en el momento de su suscripción; y porque era lógico pensar que para ese momento EDESA aún no contaba con la infraestructura para cumplir objetivos complejos y del valor que se contemplaban en los citados convenios, que además fueron entregados de forma directa a esa nueva entidad.

La demandada agregó que se demostró que EDESA no ejecutó directamente el objeto contractual, en tanto que esta acudió a la subcontratación, con lo cual le transfirió los recursos a particulares para que los ejecutara, de modo que esta se convirtió en una intermediaria e hizo más onerosa la carga para el ente territorial. Lo anterior, indicó, también quedó probado con el informe de la Contraloría Departamental del Meta quien, en informe final de auditoría adelantada a EDESA, confirmó que esta sirvió como un instrumento efectivo para desconocer las reglas de contratación.

En segundo lugar, reiteró que, si se analizan los argumentos expuestos por el órgano de control en los actos demandados, se puede advertir que, contrario a lo manifestado por la señora Rincón Escobar, dicho organismo no desconoció las normas invocadas por la demandante, en tanto que el objeto de reproche fue que EDESA era una empresa naciente que carecía de la capacidad económica, financiera y de la infraestructura necesaria para cumplir con los objetivos contractuales.

En atención a dicho razonamiento, señaló que en materia contractual es necesario que exista una diligencia suficiente del funcionario respecto de la verificación de factores o indicadores que le permitan determinar la capacidad de ejecución del futuro contratista para disminuir los riesgos de incumplimiento contractual; y que la verificación de dichos factores está directamente relacionada con el alcance del deber de selección objetiva, así como con la moralidad administrativa, por lo que concluyó que si bien existen normas que permiten a la administración actuar no solo como administración sino como empresa que compite con el sector privado, lleva a aparejado que no se utilicen figuras asociativas para desconocer los principios que rigen la contratación pública.

En ese orden, indicó que la sanción se originó en el hecho de que a través de los Convenios 1620, 1974 y 2683 de 2003 suscritos con EDESA, se eludieron los procesos de selección objetiva y de licitación pública; y que la demandante no cumplió con su deber de asesorar a los funcionarios y empleados de la unidad de contratación en aspectos jurídicos, pues de haber realizado una actividad diligente y juiciosa de sus funciones habría advertido a la directora de la entidad sobre la inviabilidad jurídica para la suscripción de los convenios mencionados. En consecuencia, resaltó que en el caso de la libelista no se cumplió con el deber funcional de asesoramiento, en la medida que no estableció si la solicitud enviada por las diferentes secretarías del departamento se ajustaba a los postulados de la



Ley 80 de 1993, pese a contar con los conocimientos y experiencia necesaria para ello, en atención a que llevaba más de dos años en la entidad.

El organismo de control añadió que los artículos 2.º y 29 constitucionales, invocados como vulnerados por la libelista, no fueron desconocidos por la entidad, pues para el cumplimiento de los cometidos y fines del Estado la ley regula una serie de herramientas a las entidades, entre ellos, los contenidos de la Ley 80 de 1993, y particularmente los principios a observar en los diferentes procesos contractuales; y que aun cuando también existe la facultad legal para celebrar en forma directa convenios interadministrativos, ello no puede significar que existe una autorización legal para ese ejercicio funcional en forma arbitraria, subjetiva ni absoluta para la escogencia de contratistas.

En tercer lugar, afirmó que a la demandante le asistía un papel preponderante como asesora de la oficina jurídica en el cumplimiento de los cometidos estatales en la actividad contractual, y que su reciente vinculación con la unidad de contratación para el momento de suscripción de los convenios interadministrativos no la eximía de responsabilidad, en el marco del artículo 6.º Superior. Aunado a ello, obra prueba de que la señora Rincón Escobar se vinculó al ente territorial desde el 28 de noviembre de 2002, por lo que se podía colegir que sí tenía conocimiento previo de sus funciones y deberes.

Sobre el particular, advirtió que entre los deberes funcionales de la libelista se encontraba el de analizar, supervisar y emitir conceptos jurídicos orientados a la protección y cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, y como funciones específicas resaltó las de coordinar todas las acciones del área jurídica que representaran interés para la función desarrollada por la unidad; presentar y preparar informes sobre las actividades desarrolladas en la oportunidad y periodicidad requeridas; coordinar con el jefe de la oficina correspondiente los procesos licitatorios que se desarrollen en la unidad de contratación, cumpliendo y haciendo cumplir la normatividad existente al respecto; absolver las consultas que sobre materias de su competencia sean presentadas de acuerdo a las disposiciones vigentes.

De lo anterior, consideró demostrado palmariamente que la demandante no cumplía solo funciones internas en su oficina y de coordinación de personal a su cargo, sino que también tenía como deber absolver consultas y rendir informes de manera oficiosa y no rogada, con lo cual, aseguró, queda sin piso el argumento de la señora Rincón Escobar según el cual, la Procuraduría omitió dar aplicación a las normas que regulaban sus funciones y se amplió su ámbito funcional. Así mismo, sostuvo como censurable que indicara que su labor era de una simple tramitadora, cuando desempeñaba un cargo tan importante como el de jefe de la oficina jurídica de la unidad de contratación, lo que implicaba una labor de consejo profesional a su superior jerárquico.

Finalmente, y frente a la supuesta vulneración de los artículos 5.º, 6.º y 20 de la Ley 734 de 2002, sostuvo que en el caso concreto de la demandante se demostró la infracción al deber funcional cuando aquella no cumplió con sus funciones de asesoramiento y, en su lugar, decidió suscribir en conjunto con la directora de la unidad, los convenios cuestionados, que tuvieron como finalidad eludir la licitación pública. Añadió también que las apreciaciones de la libelista carecen de fundamento porque la Procuraduría le garantizó su derecho de defensa, así como tampoco se



demonstró que se hubiera vulnerado su derecho al buen nombre en tanto que la imposición de la sanción hace parte de su potestad constitucional y legal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁶

La señora Luz Ángela Rincón Escobar reiteró los argumentos expuestos en la demanda y agregó que el organismo de control omitió tener en cuenta que existe una gran diferencia entre los convenios y los contratos, para lo cual reprochó que no se les haya dado a los convenios cuestionados el trámite propio de una licitación.

En ese entendido, indicó que el fundamento jurídico en el que se sustentó la acusación no era de recibo por cuanto la parte pasiva en la presente *litis* pretende imponer el deber de dar el trámite de una licitación de un contrato a un convenio interadministrativo, el cual se fundamenta en otra normatividad.

Por último, sostuvo que si la inconformidad de la demandada era la forma en que EDESA ejecutó los recursos transferidos, la investigación disciplinaria debió dirigirse a los funcionarios de dicha entidad.

Parte demandada⁷

La Procuraduría General de la Nación replicó los razonamientos expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público no rindió concepto en el *sub lite*, según se advierte de la constancia secretarial visible a folio 481 del cuaderno principal.

CONSIDERACIONES

Breve recuento del procedimiento disciplinario

Los cargos y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la Procuraduría General de la Nación en contra de la señora Luz Ángela Rincón Escobar se le formuló a la demandante un único cargo disciplinario y, por este, fue finalmente sancionada. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio:

⁶ Folios 427-429.

⁷ Folios 488-501.



PLIEGO DE CARGOS DEL 23 DE OCTUBRE DE 2007⁸	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 29 DE MAYO DE 2008⁹ CONFIRMADO EN SEGUNDA INSTANCIA EL 24 DE JULIO DEL MENCIONADO AÑO¹⁰
<p>Cargo único:</p> <p>«La funcionaria Luz Ángela Rincón Escobar, en su condición de jefe de la oficina jurídica de la Unidad Administrativa Especial para proyectos y contratación del Meta, suscribió conjuntamente con la directora de la Unidad los convenios 1620, 1974, 2683 de 2003 con la entidad EDESA ESP, en los que se eluden los procesos de selección objetiva y licitación pública».</p> <p>Falta imputada: Falta gravísima de acuerdo con el numeral 31 del artículo 48 del CDU.</p> <p>Normas violadas con la conducta: Artículos 3.º; 24 numerales 1.º y 8; 25 numeral 3.º; 26 numerales 1.º, 2.º y 4.º; 29 de la Ley 80 de 1993.</p> <p>Numeral 1.º del Acuerdo 003 de 2003, Manual de Funciones del cargo de jefe de oficina de asesora jurídica de la Unidad Administrativa Especial para Proyectos y Contratación Pública del Departamento del Meta.</p> <p>Numeral 1.º del artículo 34 y numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.</p> <p>Culpabilidad:</p> <p>La falta se imputó a título de culpa gravísima.</p>	<p>Cargo único:</p> <p>«En su condición de jefe de la oficina asesora jurídica de la Unidad Administrativa Especial para proyectos y contratación del Meta, suscribió conjuntamente con la directora de la Unidad los convenios 1620, 1974, 2683 de 2003 con la entidad EDESA ESP, en los que se eluden los procesos de selección objetiva y de licitación pública [...]»</p> <p>Falta por la que fue sancionado: Falta gravísima de acuerdo con el numeral 31 del artículo 48 del CDU por «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.». (Negrita y cursiva propia del texto).</p> <p>Normas violadas con la conducta:</p> <p>Ambas decisiones sancionatorias ratificaron que la falta atribuida vulneró el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el numeral 1.º del artículo 34 de la misma disposición, los artículos 3.º; 24 numerales 1.º y 8; 25 numeral 3.º; 26 numerales 1.º, 2.º, 4.º; 29 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 1.º del Acuerdo 003 de 2003.</p> <p>Culpabilidad:</p> <p>Las autoridades disciplinarias hicieron la misma valoración de la culpabilidad en los actos sancionatorios.</p>

⁸ Al respecto se destaca que, si bien no fue aportado al plenario el proceso disciplinario, en el acto administrativo sancionatorio de primera instancia (folios 1 a 47 vuelto del cuaderno de pruebas anexo II), se efectuó una sinopsis del pliego de cargos. En relación con la señora Luz Ángela Rincón Escobar, se observan en folio 4 anverso y reverso *ibidem*.

⁹ Folios 48 a 101 *ejusdem*. El análisis sobre la responsabilidad de la libelista se encuentra en los folios 32 a 35 vuelto *ejusdem*.

¹⁰ Folios 48 a 101 *ejusdem*. El análisis sobre la responsabilidad de la señora Rincón Escobar se encuentra de folios 83 a 86 *ejusdem*.



Decisión sancionatoria de primera instancia:

«**PRIMERO:** De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia declarar disciplinariamente responsables y en consecuencia **SANCIONAR** a los señores [...] **LUZ ANGELA RINCÓN ESCOBAR** [...] en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de proyectos y contratación pública del departamento del Meta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído, por el cargo **único** a quien se le sanciona con **DESTITUCIÓN e INHABILIDAD PARA EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS**, por el término de **DIEZ (10) AÑOS.**». (Negrita y mayúsculas propias del texto original).

Decisión sancionatoria en la que se resolvió el recurso de apelación:

«**PRIMERO: CONFIRMAR**, con las aclaraciones y precisiones contenidas en ésta decisión, el fallo del 29 de mayo de 2008 proferida por el señor Viceprocurador General de la Nación, por medio de la cual se sancionó disciplinariamente a las señoras [...] **LUZ ANGELA RINCÓN ESCOBAR** [...] en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Proyectos y Contratación Pública del Departamento del Meta, con sanción de **DESTITUCIÓN e INHABILIDAD PARA EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS**, por el término de **DIEZ (10) AÑOS.**». (Negrita y mayúsculas conforme a la transcripción).

Cuestión previa

➤ **Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias**

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹¹, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a limitantes que restrinjan su competencia.

En dicha oportunidad, la Corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

«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

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016, radicado: 110010325000201100316 00 (2011-1210).



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 trámite 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 [...]».

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica descartar los argumentos con los que se pretende desconocer las amplísimas facultades del juez de lo contencioso administrativo para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario.

Asunto sometido a estudio

Problemas jurídicos

A partir de lo sostenido por las partes y por el Ministerio Público, y en el marco de las causales de nulidad de los actos administrativos previstas en el inciso segundo del artículo 84 del CCA¹², los problemas y subproblemas jurídicos a resolver en esta sentencia son los siguientes:

1. ¿Los actos administrativos sancionatorios demandados deben ser anulados por violación del ordenamiento superior? Este interrogante se resolverá a partir del desarrollo de los tres subproblemas que se enuncian a continuación:
 - 1.1. ¿La causal de nulidad se materializó porque no hubo una correcta adecuación de la conducta típica de la falta imputada a la señora Luz Ángela Rincón Escobar y porque su comisión no quedó demostrada con certeza en el proceso disciplinario?
 - 1.2. ¿La Procuraduría General de la Nación no demostró la ilicitud sustancial de la conducta reprochada disciplinariamente a la señora Rincón Escobar?
 - 1.3. ¿Se demostraron los elementos de la culpabilidad para que se imponga la sanción disciplinaria?

Primer problema jurídico

¿Los actos administrativos sancionatorios demandados deben ser anulados por violación del ordenamiento superior?

A continuación, se precisan los alcances de esta causal de nulidad:

¹² CCA, artículo 84, inciso 2.º: «[La nulidad] [procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. [...]».



➤ **La causal de nulidad por la violación del ordenamiento superior**

El significado estricto de esta causal ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación¹³ como la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: (a) Falta de aplicación, (b) aplicación indebida o (c) interpretación errónea.

(a) La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos eventos se está ante la violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpretación errónea, debido a que la norma, por no haber sido aplicada, no trascendió al caso decidido.

(b) Por su parte, la aplicación indebida tiene lugar cuando las disposiciones jurídicas se emplean a pesar de no ser las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. Este error puede originarse por dos circunstancias: (i) En los casos en los que la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma, por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y, (ii) cuando no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

(c) Finalmente, se incurre en este vicio de manera directa al dársele una interpretación errónea a los preceptos aplicados. Esto sucede cuando las disposiciones son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente y así las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde¹⁴.

1.1.1. Primer subproblema jurídico

¿La violación del ordenamiento superior se materializó con la indebida adecuación típica de la falta imputada, y porque su comisión por parte de la señora Luz Ángela Rincón Escobar no quedó demostrada con certeza en el proceso disciplinario?

Tesis de la Sala: En el presente asunto no se violó el ordenamiento superior respecto de la adecuación típica de la falta gravísima imputada por participar en la actividad contractual, sin atender los principios de la contratación estatal, toda vez que esta era la que correspondía aplicar, y además, porque en el proceso sí quedó demostrada con certeza su comisión por parte de la demandante y el comportamiento de aquella se ajustó a los elementos e ingredientes del tipo disciplinario endilgado.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de marzo de 2012, radicado: 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660).

¹⁴ *Ibidem*.



1.1.2. El juicio de tipicidad o de adecuación típica en materia disciplinaria

En la dogmática del derecho punitivo o sancionatorio se diferencian los conceptos del tipo y del juicio de tipicidad o de adecuación típica. El primero consiste en la determinación, en una disposición jurídica, de la «descripción objetiva y material de la conducta prohibida»¹⁵, y está compuesto por elementos descriptivos o que «expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos»¹⁶, e ingredientes normativos, que «aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social»¹⁷. Por su parte, el segundo, es el proceso comparativo lógico y razonado entre los elementos e ingredientes de esa descripción abstracta y el comportamiento concreto y comprobado del sujeto a quien se le imputa¹⁸.

Sobre lo último, esta Subsección ha indicado lo siguiente¹⁹:

«El proceso de subsunción típica –o adecuación típica- de la conducta, entendido como la secuencia lógica expresa de razonamiento jurídico encaminada a determinar si una determinada realidad fáctica encuadra bajo las definiciones y prescripciones establecidas en la ley escrita, es una de las piezas indispensables de todo acto que manifieste el poder represor del Estado, y por lo mismo uno de los pre-requisitos necesarios de la legalidad y juridicidad de toda sanción. En la asociación expresa y razonada entre la norma y el hecho, **en el encaje motivado de la realidad bajo las definiciones y conceptos de la legislación, radica también una de las garantías centrales del derecho de defensa y del derecho al debido proceso**, ya que es en dicho proceso de subsunción típica expresa de la conducta que el Estado le señala al procesado y a la sociedad, **elemento por elemento**, porqué su comportamiento violó la ley. [...]». (Negrita fuera de texto).

Bajo esta línea argumentativa, es dable señalar que los elementos del tipo se extraen de la fórmula gramatical contenida en el precepto de que se trate, la cual está conformada por los sujetos activos o pasivos de la conducta, el objeto sobre el que recae y uno o varios verbos rectores de esta. No obstante, en la medida en que, como se dijo, en ese enunciado también están incluidos aspectos normativos, el análisis que se debe hacer no se limita a lo estrictamente lingüístico, sino que ha de comprender asimismo la interpretación de esos componentes valorativos²⁰.

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»²¹, 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 legalidad.

¹⁵ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, 4.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1993, p. 58, citado en: Gerardo Barbosa Castillo, «Teoría del delito. Tipo objetivo», en: *Lecciones de derecho penal parte general*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 264-265.

¹⁶ Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2020, p. 240 y Gerardo Barbosa Castillo, *op. cit.*, p. 274.

¹⁷ *ibidem*.

¹⁸ Cfr. Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1995, pp. 326 y ss, citado en: Gerardo Barbosa Castillo, *op. cit.*, pp. 264-265.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de marzo de 2014, rad. 11001032500020130011700 (0263-13).

²⁰ Cfr. Gerardo Barbosa Castillo, *op. cit.*, pp. 272-273.

²¹ Véanse las sentencias C-818 de 2005, C-762 de 2009, C-343 de 2006, C-030 de 2012, entre otras.



En cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco²², 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 la sentencia C-818 de 2005, 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 sentido²³ bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquellos 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 alcance²⁴, 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 está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos"²⁵.».

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

En esta línea de argumentación, a continuación, se explica cada uno de los elementos e ingredientes del tipo, que han de ser comparados con el comportamiento efectivamente desplegado en el momento de realizar el juicio de tipicidad²⁶:

i. Sujetos

Existe, por un lado, el sujeto activo, que es quien realiza el comportamiento prohibido por el tipo y que en lo disciplinario son los servidores públicos y los particulares

²² Sentencias C-404 de 2001, C-818 de 2005.

²³ Ver la sentencia C-404 de 2001.

²⁴ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 433 – 445.

²⁵ Claus Roxin. Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, Buenos Aires, Depalma, 1979, p.6.

²⁶ *ibidem*, pp. 273-274.



disciplinables de conformidad con la ley. Por el otro se encuentra el sujeto pasivo, que en materia penal es el titular del bien jurídico tutelado, pero que en lo disciplinario siempre será el conjunto de la población representada a través de los entes estatales, ya que el fundamento de esta rama del derecho sancionatorio es garantizar el cumplimiento del deber funcional de quienes tienen una relación especial de sujeción con el Estado.

ii. Objeto

Es aquello sobre lo que recae la conducta del sujeto activo. Puede ser de carácter material, como por ejemplo un documento que se falsifica, o jurídico, como el patrimonio público.

iii. Verbos rectores de la conducta

Es la palabra o palabras que describen la acción que realiza el sujeto activo de la falta sobre el objeto de esta, verbigracia, «**privar** ilegalmente de la libertad a una persona» o «**incurrir** en graves violaciones al derecho internacional humanitario».

iv. Ingredientes normativos o valorativos

Estos no son propiamente elementos del tipo, sino que se refieren a algunas expresiones que pueden calificar los anteriores conceptos que sí los son y que, para ser comprendidas, demandan el análisis de otras normas jurídicas o de un determinado contexto social, técnico o científico²⁷. Así, se pueden dar como ejemplo los conceptos de «sustancias prohibidas», «buen nombre», «caducidad de un contrato estatal», y otras, que hacen parte de algunos tipos de las faltas gravísimas disciplinarias.

Ahora, hay que tener en cuenta que, frente a estos componentes, también se pregona la existencia de un tipo subjetivo, que corresponde a la inclusión del dolo o la culpa en la descripción típica. Sin embargo, a diferencia del derecho penal en el que rige el denominado sistema de números cerrados (*numerus clausus*), según el cual los tipos son dolosos y por excepción se debe especificar en el tipo cuando pueden ser punidos en su modalidad culposa, en el derecho disciplinario se aplica el de números abiertos (*numerus apertus*), en el que no se especifican cuáles comportamientos requieren ser cometidos con culpa, de modo que a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria, corresponderá una de carácter culposo, salvo que la estructura del tipo contenga expresiones sobre la realización de la conducta como «a sabiendas», «de mala fe», «con la intención de», etc.²⁸. En estos últimos casos, la prueba del nexo psicológico entre el autor y el hecho será necesaria para determinar si el comportamiento es típico, por lo que en la culpabilidad solo quedaría analizar la exigibilidad de otra actuación.

²⁷ «Los ingredientes normativos no son propiamente elementos del tipo sino corresponden a expresiones que pueden predicarse de cualquiera de ellos y buscan cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o pretenden precisar el alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma, correspondiéndole al juez penal en todo caso, examinar su ocurrencia; es decir, valorar la conducta como delictiva»: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de noviembre de 2016, radicado: 40089.

²⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2002.



1.1.3. Caso concreto

Inicialmente, la Sala observa que la conducta reprochada a la libelista consistió en la participación de la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa, tales como el de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, para adecuar ese comportamiento a la falta gravísima consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por «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».

En efecto, el órgano disciplinario consideró que la señora Luz Ángela Rincón Escobar en su calidad de jefe asesora de la oficina jurídica de la Unidad Administrativa Especial para Proyectos y Contratación Pública del Departamento del Meta, al suscribir conjuntamente con la directora de dicha entidad, los convenios interadministrativos 1974, 1620 y 2863 de 2003, eludió la licitación pública y el deber de selección objetiva.

Por su parte, demandante aludió que con la sanción que le fue impuesta, se vulneró el ordenamiento jurídico superior porque no hubo tipicidad en la actuación que le fue reprochada, por los siguientes motivos: i) los reparos de la Procuraduría apuntan a la vulneración del deber de selección objetiva, la cual se ejerce en la etapa precontractual, en la que no participó, pues dichas funciones no le estaba asignadas; ii) no correspondía llevar a cabo una licitación pública, en la medida en que los negocios jurídicos celebrados se surtieron en atención a las facultadas previstas en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, toda vez que lo pretendido era apoyar a la empresa EDESA ESP en su fase preoperativa con los recursos suficientes a la luz de los artículos 288 y 367 de la Constitución Política, así como el artículo 7.º de la Ley 142 de 1994; iii) los convenios celebrados no causaron detrimento patrimonial alguno, pues se ejecutó el objeto contractual.

En virtud de lo anterior, la Sala procederá a analizar algunos de los elementos constitutivos del tipo disciplinario, con el fin de verificar si aquellos se cumplen en el *sub lite*:

En primer lugar, ha de señalarse que el reproche disciplinario que se le endilgó a la libelista es el contenido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que prevé lo siguiente: «ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: [...] 31. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> **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»²⁹. (Negrita fuera del texto original).

Participar es el único verbo rector del tipo que se examina y, de acuerdo con el Diccionario de la lengua española³⁰, este significa «Dicho de una persona: Tomar parte en algo». Además, junto con este verbo que delimita la conducta, existe un ingrediente valorativo que la califica, y tiene que ver con el detrimento del patrimonio

²⁹ Mediante Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible condicionado en el entendido que la conducta constitutiva de falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

³⁰ <https://dle.rae.es/participar>.



público o con el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en el ordenamiento jurídico. A partir de lo anterior, se resalta que el tipo no contiene ningún componente subjetivo que haga menester que exista intención o dolo frente a la acción, pudiéndose esta realizar a título de culpa o imprudencia, en virtud del sistema de *numerus apertus* propio del derecho disciplinario.

Acorde con lo anterior, la Sala resalta que esta conducta se resume así:

Verbo rector:	Condición:		Objeto material:
Participar	En la etapa precontractual	En la actividad contractual	El detrimento del patrimonio público
			Desconocer los principios de la contratación estatal y la función administrativa

Es importante precisar que la norma que se invocó como quebrantada contiene dos supuestos y la falta se puede configurar si se incurre en uno o en otro, específicamente el que le fue endilgado a la demandante fue participar en la actividad contractual «con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley».

Se destaca que el aparte subrayado³¹ del precepto anteriormente citado, fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005, bajo la consideración de que, para convalidar la imputación de un principio de los antes mencionados como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, se requiere:

«[...] (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 1993.

(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**

³¹ «Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley».



determinación conforme a la disposición de rango legal o al precepto constitucional de aplicación directa que le sirve de complemento. [...]». (Resaltado intencional).

La Corte llegó a esta conclusión en aras de proteger los principios de legalidad, tipicidad y reserva de la ley, frente a lo que manifestó que, en virtud del primer mandato de optimización señalado, 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 la punición que se deriva de incurrir en ellas.

En cuanto al segundo, precisó que es indispensable que la norma disciplinaria establezca de forma clara, expresa e inequívoca las conductas que pueden ser sancionadas, por lo que la descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción no debe dar campo a especulaciones y, por tanto, **tiene que ser de tal claridad que permita al servidor público saber exactamente la conducta disciplinable**. En ese orden, en la sentencia en comento se indicó que, los principios, por sí solos, «[...] tienen una vocación normativa de carácter general, contraria a la concreción y especificidad que se requiere para la descripción de una falta disciplinaria [...]», y una acusación basada únicamente en ellos implicaría una amplia discrecionalidad para la autoridad en la determinación de la tipificación del proceder sancionable.

En síntesis, 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 esta se desarrolla conforme a una norma constitucional o legal de aplicación directa con estructura de regla, en la cual se puede determinar con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público³².

Ahora, si bien es cierto para la época en que ocurrieron los hechos³³ por los cuales se le formuló a la accionante el reproche disciplinario, la anterior sentencia no había sido proferida por el Alto Tribunal Constitucional, esta Sala de Decisión considera que las razones de fondo que sustentaron dicho fallo, pueden ser aplicadas al *sub lite*, con el fin de salvaguardar el debido proceso de la disciplinada, tal como lo advierte el artículo 29 Superior, cuando instituye que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, y acorde con la garantía de tipicidad la cual hace necesario que el ciudadano investigado, conozca los alcances

³² El anterior parámetro jurisprudencial, que tiene efectos erga omnes por virtud de lo consagrado en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 de Administración de Justicia, ha sido reiterado por esta Subsección en múltiples oportunidades: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de octubre de 2018, rad. 11001032500020130023400 (0530-13); sentencia del 4 de julio de 2019, rad. 11001032500020170032700 (1564-17); sentencia del 23 de julio de 2020, rad. 11001032500020170007300(0301-17), entre otras. E igualmente, fue acogido por la doctrina especializada en la materia que ha señalado, a manera de ejemplo, que «resulta desacertado imputar responsabilidad disciplinaria a un alcalde simplemente por el desconocimiento del principio de economía, por no responder una solicitud de restablecimiento económico elevada en el curso de la ejecución del contrato, sin indicar la regla que no se atendió por dicho servidor público. Si la investigación disciplinaria se sustenta únicamente en la vulneración del precitado principio, no habrá otro camino que absolver al funcionario, pues no se estructuró correctamente la falta disciplinaria en ese caso particular -garantía de tipicidad-»: Mauricio Rodríguez Tamayo, *op. cit.*, p. 8.

³³ Acorde con lo señalado en el fallo sancionatorio de primera instancia (folio 31 del cuaderno de pruebas-anexo II), los cargos por los que se le formuló el reproche disciplinario a la señora Luz Ángela Rincón Escobar fue por la «[...] suscripción en conjunto con la directora de la Unidad de los Convenios **1620, 1974 y 2683 de 2003**, cuyo contratista fue EDESA. [...]». (Resaltado intencional).



concretos de la conducta que se le está reprochando, como un parámetro mínimo de seguridad jurídica.

En segundo lugar, se observa que en el trámite administrativo sancionatorio que se estudia, la titular de la acción disciplinaria afincó la censura en la celebración de varios convenios³⁴ 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, economía, responsabilidad y selección objetiva establecidos en los artículos 24 (numerales 1.º y 8.º), 25 (numeral 3.º), 26 (numerales 1.º, 2.º y 4.º) y 29 de la Ley 80 de 1993, así como así como el artículo 3.º del mencionado estatuto contractual y el numeral 1.º del artículo 3.º del Acuerdo 003 de 2003.

Bajo esa óptica, se indica que 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 reglas consagradas en un precepto que, no siendo constitucional, carezca de fuerza de ley, quedando así excluidos los decretos reglamentarios y los reglamentos internos.

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, tal como ocurre con el Acuerdo 003 de 2003.

De acuerdo a lo que se ha referido en esta providencia, la mera enunciación de los principios de la función administrativa de rango constitucional o legal no basta para validar la adecuación típica de la falta gravísima contenida en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, por esto se descarta desde ya la invocación de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 constitucional y en el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993³⁵, pues estos no se concretan en la vulneración de una regla de carácter legal que deba ser aplicada en el procedimiento de selección de los contratistas del Estado.

³⁴ Los convenios interadministrativos citados en los actos sancionatorios son: 1974 del 8 de agosto; 1620 del 28 de agosto y 2683 del 10 de octubre, todos suscritos en el año 2003 (folios 31 y 32 del cuaderno de pruebas-anexo II).

³⁵ Este artículo, que se refiere a los fines de la contratación estatal, el cual consagra que «[...] los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, 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» y que «los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [...] colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones». Al respecto, la Sala estima que esta disposición contiene una norma con estructura de principio, pues se entiende que ordena cumplir en la mayor medida posible los fines estatales en la celebración y ejecución de los contratos estatales, sin que exista en ella una regla clara con un supuesto de hecho en el que se pueda subsumir la conducta por la que fue sancionada la demandante.



Valoración diferente merece la referencia al principio de transparencia en la contratación pública, el cual fue concretado en las reglas de los artículos 24 numerales 1.º y 8.º de la Ley 80 de 1993, pues se considera que en dichas normas es posible determinar la conducta que debía desplegar la demandante al momento de suscribir los convenios objeto de reproche en los que se omitió el proceso de licitación pública y por tanto la selección objetiva del contratista.

En efecto, respecto a la regla de aplicación del principio de transparencia contenida en el artículo 24 numeral 1.º³⁶ de la Ley 80 de 1993, es preciso señalar que la suscripción del contrato debe estar precedida de un proceso de licitación o concurso público como método de la selección objetiva del contratista y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa, circunstancia última en la cual la entidad deberá demostrar el motivo de recurrir a dicha modalidad, acreditando por qué se encuentran dadas las condiciones para seleccionar de manera directa al contratista.

A su turno, el numeral 8.º³⁷ *ibidem*, en la segunda parte del precepto, señala: «[...] Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.», también se encuentra una norma con estructura de regla, en tanto, prevé que la escogencia del contratista del Estado deberá efectuarse con arreglo a las modalidades de selección objetiva. Su cumplimiento permite rectitud en el proceso contractual desde su inicio y hasta su terminación, en tanto se garantiza la elección de la mejor propuesta para la celebración del contrato estatal, por tanto, si quien participa en dicha actividad, no acata tales preceptos, quebranta los principios ya anunciados y, por tanto, incurre en el tipo disciplinario del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

De esta forma, es claro que en desarrollo del principio de transparencia se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa «sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés»³⁸. Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

Ahora bien, el literal c) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, vigente para el momento en que se celebraron los convenios interadministrativos 1974, 1620 y 2683 de 2003, actividad contractual por la cual fue sancionada la libelista, preceptuaba lo siguiente:

«ARTICULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:
[...]

³⁶ «ARTICULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:».

³⁷ «[...] En virtud de este principio:

8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.».

³⁸ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2009; radicado: 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07).



c) **Interadministrativos**, con excepción del contrato de seguro.». (Resaltado intencional).

Bajo este entendido, es claro que el mentado mandato preveía la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos a través de la contratación directa, no obstante, esta modalidad de contratación, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado no se traduce en una libertad absoluta ni discrecional de la entidad pública contratante, toda vez que, las condiciones para su procedencia están claramente definidas en la ley y, por tanto, deben ser respetadas, por lo que incluso se debe garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva³⁹.

Sobre este punto, ha sido por demás prolífico el aporte jurisprudencial en el sentido de que en materia de contratación pública, sin interesar que sea mediante selección directa o por licitación o concurso público, lo que importa es que dicha actuación esté orientada por los principios de la contratación estatal, siendo uno de ellos el de transparencia, así lo consignó el siguiente precedente de la Sección Tercera de esta Corporación⁴⁰:

«[...] **En efecto, en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato.**

Respecto a la contratación directa, en interpretación de la norma precitada, la Sala observa que con anterioridad a la suscripción del contrato, **es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores** tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios entre otros, **con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata.** [...]» (Resaltado fuera del texto original).

Respecto de los principios que orientan la contratación pública, importantes son los aportes del siguiente fallo de la Subsección B de la Sección Tercera⁴¹:

«[...] El principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, **para lo cual se instrumenten procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta.** [...]

Para garantizar el cumplimiento del principio de responsabilidad los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, **razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado** y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (No. 2 ídem); verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, radicado: 250002336000 201501315 01 (57822).

⁴⁰ Sentencia del 14 de abril de 2005 radicación número: 19001-23-31-000-2002-01577-01 (AP).

⁴¹ Sentencia del 28 de mayo de 2012 radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01 (21489).



pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos (No. 3 ídem).
[...]

La selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones, **o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.** [...] el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad. [...]». (Negrita de la Subsección).

De acuerdo con los apartes jurisprudenciales transcritos, se advierte que si bien el literal c) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, permitía la celebración de los convenios interadministrativos de manera directa, es ineludible que la administración debe respetar principios que rigen la contratación estatal que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los contratistas⁴². y, especialmente, se deben atender los criterios de selección objetiva a la hora de escoger a quien se le adjudicará el contrato.

Ahora, en el caso puesto a consideración de la Sala, se encuentra que las circunstancias relevantes acreditadas en la actuación que permitieron estructurar la falta disciplinaria⁴³ fueron las siguientes:

«[...] Igualmente el debate no puede plantearse a partir de la legalidad o ilegalidad del decreto de creación de EDESA, [...] pero lo cierto y verdaderamente cuestionable es que la suscripción de los convenios para realizar obras civiles, tuvo como propósito esencial eludir los procesos de licitación pública a que estaban obligados, no de otra manera puede entenderse que la administración acuda a la ejecución de recurso públicos, en sumas cuantiosas, sin un detenido análisis de la necesidad y conveniencia seria y objetiva de optar por quien no garantiza las exigencias de carácter legal para tales fines o propósitos.

[...] es claro y así está demostrado, que se ignoró el estatuto contractual, pues siendo la regla general la licitación pública, se excluye de este procedimiento so pretexto de suscribir convenios con quien no contaba con el personal para el desarrollo de los mismos, ni con la capacidad, ni la infraestructura técnica, pues no puede perderse de vista que a tan solo 27 días de creada EDESA, la Unidad de Contratación ya había suscrito dos convenios por aproximadamente \$17.000.0000.0000.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 31 de enero de 2011, radicado: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).

⁴³ Fallo sancionatorio de primera instancia proferido el 29 de mayo de 2008, ver folios 31 a 35 vuelto, del cuaderno de pruebas- anexo II.



[...]

Vale la pena acotar que la ley (sic) 80 de 1993, permite la suscripción de convenios interadministrativos, como mecanismo de contratación directa, sin que, *per se*, la decisión este (sic) al capricho del funcionario responsable, pues ante este tipo de decisiones resulta esencial analizar y motivar con fundadas razones, porqué (sic) no se acudía a la regla general sino a la excepción, y era allí donde la labor de asesoramiento de la profesional del derecho debía florecer.

[...]

Las pruebas allegadas al plenario demuestran que la Unidad, sin justificación, acude a **EDESA E.S.P.**, Empresa creada por Decreto 0306 en agosto de 2003, como Empresa Oficial de Servicios Públicos, bajo la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, del nivel departamental, adscrita a la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial del Departamento, para de esta manera, querer cumplir los fines de la contratación desconociendo los principios y reglas que deben imperar tratándose (sic) de contratación pública. [...]

Está demostrado que se produjo la transferencia de \$24.000.000.000 a un ente que: a) No se rige por la ley 80 de 1993, b) Carecía de la capacidad e idoneidad suficiente para asumir de manera directa las obligaciones derivadas del convenio y c) Con procedimientos tan prominentemente equivocados, que no hay duda que su fin último no era otro que rehuir los procesos de licitación pública. [...]». (Negrita conforme a la transcripción, subrayado nuestro).

De lo probado en los fallos disciplinarios, se observa que en efecto EDESA ESP al momento de suscribir los convenios se encontraba en fase prooperativa, situación que también es aceptada por la demandante en el libelo introductor⁴⁴, motivo por el cual, carecía de idoneidad para ejecutar el objeto contractual pactado, circunstancia que da cuenta que la Unidad Administrativa Especial de Proyectos y Contratación del Departamento del Meta, ente al cual se encontraba vinculada la demandante en una relación legal y reglamentaria⁴⁵ como jefe de la oficina jurídica, omitió en primer lugar, la aplicación de la regla general, esto, la licitación pública, dadas las funciones que se pactaron a desarrollar y el monto de los recursos públicos entregados, y en segundo término, se inobservó el deber de escogencia del contratista de manera objetiva, pues es claro que EDESA ESP debió subcontratar para poder ejecutar el negocio jurídico pactado entregando estos recursos a particulares, pues recuérdese que era una entidad recién creada que carecía de la capacidad económica, financiera y de la infraestructura necesaria para cumplir con los objetivos contractuales.

Al respecto, se resalta que advertida por parte de la entidad contratante la falta de idoneidad de la entidad con la cual suscribió los convenios, la cual era visible solo con verificar su acta de constitución, es claro que antes de proceder a contratar directamente, debió en ejercicio de la regla general, dar a conocer al público el objeto que se pretendía contratar, con el fin de que se presentaran ofertas que mejor beneficiaran la ejecución de los recursos estatales y que cumplieran con las exigencias técnicas y jurídicas, en aras de proteger el interés general, cuyo fin debe propender toda la actividad contractual del Estado.

⁴⁴ Tal como se puede evidenciar en folios 3 a 14 del cuaderno principal.

⁴⁵ Folios 266 a 268 del cuaderno principal.



Allí es donde se reprocha la conducta endilgada a la demandante, pues en su calidad de jefe de la oficina jurídica de la unidad de contratación del Departamento del Meta, debía ser garante de que los negocios jurídicos suscritos se ajustaran a la ley, labor de asesoría que debía florecer y que en atención del cargo desempeñado, le imponía aconsejar a su superior jerárquico, con el fin de señalarle que los convenios que se pretendían celebrar iban en detrimento del buen funcionamiento de la actividad contractual.

Si bien es cierto, se parte de la buena fe lo cierto es que, en la función pública se exige que se haga con un máximo cuidado, más aún cuando la labor de asesorar debe ejercerse con sumo cuidado en todo el proceso de contratación estatal, que tiene como objetivo buscar siempre el interés general, pues de la sola lectura de los documentos que le fueron aportados al momento de suscribir los convenios, hubiera podido advertir y exponer que la forma de escogencia del contratista no se ajustaba a los lineamientos legales y que además aquella no era apta para llevar a cabo el objeto pactado, habida cuenta de que se insiste, carecía de la infraestructura para ejecutarlo.

Lo anterior debido a que la selección del contratista no está supeditada a la libre discrecionalidad o arbitrio de la administración pública, sino que, por el contrario, debe sujetarse rigurosamente a ciertos requisitos y procedimientos establecidos en la ley, mediante los cuales se busca garantizar que el contrato sea celebrado con la persona idónea y mejor capacitada para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas, en un marco inspirado por los principios de publicidad, transparencia, moralidad, selección objetiva, libre concurrencia e igualdad, entre otros, elementos que fueron omitidos, al haberse contratado con un ente que no era idónea para ejecutar la labor pactada.

Se destaca que con solo rubricar en conjunto con su superior jerárquico -directora- los convenios, en atención a la omisión del deber de asesorar y acorde con la función a ella encomendada, tenía el deber de ser garante en que los contratos se ajustaran a la ley y a los principios, de manera que sí tuvo injerencia en la conducta a ella endilgada, de modo que no es de recibo su argumento en cuanto a que su conducta no es típica por cuanto no actuó en la etapa precontractual, en la medida en que el tipo disciplinario por el que fue sancionada prevé también participar en la actividad contractual, la cual se consumó al suscribir los negocios jurídicos reprochados.

Lo anterior, toda vez que es claro que el artículo 27 de la mencionada Ley 734 de 2002 dispone que las faltas disciplinarias «se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones», es decir, la conducta es disciplinariamente relevante si se despliega durante una actividad que desarrolle el sujeto por virtud de una vinculación legal y reglamentaria o del ejercicio de funciones públicas que tenga a su cargo, omisión en la que incurrió la sancionada al no atender su deber de asesorar.

En esta línea, al comprobarse que la libelista suscribió los convenios interadministrativos y encontrándose que se ignoró el estatuto contractual, pues siendo la regla general la licitación pública, se excluyó este procedimiento so pretexto de suscribir convenios con quien no contaba con la capacidad, ni la infraestructura técnica e idoneidad para ejecutar los convenios, es claro que la adecuación típica enrostrada por la autoridad disciplinaria se cumple.



En relación con el argumento esbozado por la parte demandante, en cuanto a que se omitió por parte de la Procuraduría evaluar que los convenios suscritos entre el Departamento del Meta y EDESA ESP, fueron realmente convenios de asociación, se encuentra que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998⁴⁶, dispone:

«Artículo 95. *Asociación entre entidades públicas.* Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal».

Respecto de este tipo de negocios jurídicos, el Consejo de Estado señaló que: «Los convenios interadministrativos se caracterizan porque están determinados por la consecución de un objetivo común, en los que, obviamente, no se evidencian intereses contrapuestos, pues reflejan una verdadera asociación de esfuerzos⁴⁷. En cambio, en los contratos interadministrativos, **mientras la contratante busca el cumplimiento de un fin estatal, la contratista, si bien colabora con su realización, lo cierto es que lo hace a cambio de una retribución patrimonial**, cuestión que se traduce en el surgimiento de obligaciones recíprocas de contenido económico⁴⁸». (Resaltado fuera del texto original):

Bajo esta línea, al efectuar el análisis del objeto⁴⁹ de los convenios por los cuales le fue imputada la sanción disciplinaria a la señora Rincón Escobar, se lee lo siguiente:

«No.	Fecha	Valor	Objeto
1974	28 de agosto de 2003	\$12.518.790.705	Que EDESA realice la administración y/o gerencia integral de proyectos de los sectores de agua potable y saneamiento básico correspondiente a los recursos destinados para este efecto por el Departamento del Meta, en cumplimiento de la Ley 489 de 1998.
1620	8 de agosto de 2003	\$5.222.676.500	Que EDESA realice la administración y/o gerencia integral de proyectos de los sectores de agua potable y saneamiento básico correspondiente a los recursos destinados para este efecto por el Departamento del Meta, en cumplimiento de la Ley 489 de 1998.

⁴⁶ «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».

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, expediente No. 61.429.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, expediente No. 57.822.

⁴⁹ La relación de los convenios se encuentra en el fallo disciplinario de segunda instancia del 24 de julio de 2008, en folio 54 del cuaderno de pruebas-anexo II.



2683	10 de octubre de 2003	\$6.010.775.314	Que EDESA realice la administración y/o gerencia integral de proyectos de los sectores de agua potable y saneamiento básico que se relacionan en el anexo que hace parte integral de este convenio financiados con los recursos destinados para este efecto por el departamento del meta y contemplados en el plan de desarrollo.
------	-----------------------	-----------------	---

De lo anteriormente transcrito, se observa que, a pesar de que dichos convenios no fueron aportados en su totalidad –dado que no fue allegada la investigación disciplinaria objeto de la presente *litis*–, del objeto contractual no se advierte que el compromiso entre los entes era el de realizar aportes conjuntos para la consecución del objetivo común que se trazaron con el convenio.

Tampoco de dichos negocios jurídicos, se predicen los supuestos del convenio interadministrativo contemplado en el artículo 95 *ibidem*, dado que aquellos no constituyeron el acto fundacional o creador de una asociación o persona jurídica entre entidades públicas, ni se identificaron el cumplimiento de una función administrativa o prestación conjunta de servicios a cargo de las entidades públicas, pues el ente territorial aportó el presupuesto con el fin de que EDESA ESP, prestara sus servicios y ejecutara los proyectos.

En todo caso, y en gracia de discusión, tal como quedó analizado en precedencia, lo cierto es que la empresa contratista no cumplía con la idoneidad para ejecutar el objeto contractual y por tanto, se debió acudir a la licitación pública con el fin de buscar la empresa que cumpliera con los requisitos legales y técnicos para ejecutar los recursos estatales en aras de proteger el interés general, cuyo fin, se insiste, debe propender toda la actividad contractual del Estado.

En lo atinente a la tesis expuesta por la señora Luz Ángela Rincón Escobar en cuanto a que no hubo detrimento del patrimonio público, observa la Sala que el tipo disciplinario no exige tal condición, y que la falta aquí imputada por parte de la autoridad disciplinaria, se dio por la participación de la actividad contractual con desconocimiento de los principios de la función pública y de la contratación estatal, tal como se probó que ocurrió en el *sub lite*.

Al respecto, es forzoso concluir que la demandante pretende dar una interpretación equivocada y conveniente a las normas que contienen los principios y faltas que le endilgaron, y tomar de ellas, aspectos que no le fueron reprochados, para concluir que no se demostró la falta, cuando en realidad aquella fue delimitada en forma precisa por el órgano de control, y demostrada plenamente la conducta que atentó contra los deberes que le estaban impuestos en materia contractual.

En línea con lo expuesto, más allá de la alegada falta de culpabilidad respecto de la conducta de la demandante, tema que será abordado en el siguiente subproblema jurídico, aquí se estima que lo analizado en precedencia, da cuenta de la omisión de su deber en atender la selección objetiva en la suscripción de los convenios interadministrativos 1974, 1620 y 2683 de 2003, en la medida en que el soslayó la licitación pública, lo cual implicó necesariamente que el contratista elegido, no tenía



la capacidad idónea para ejecutar el objeto contractual, a tal punto que debió subcontratar las labores a él encomendadas. Así, para esta Subsección, el comportamiento omisivo demostrado por parte de la libelista, se enmarca en el significado del verbo rector del tipo de la falta gravísima que se le imputó y por la que fue sancionada.

Conforme a lo anterior, la Sala determina que, la Procuraduría General de la Nación no desconoció el ordenamiento superior, habida cuenta de que se demostró que la demandante desplegó el comportamiento imputado, con lo cual menoscabó la función pública asignada por la Constitución y la ley, encuadrando su actuación en las normas citadas como infringidas, por lo que no hubo una indebida o errónea tipificación de la conducta reprochada. En conclusión, los actos administrativos se fundamentaron en la realidad probatoria y el ordenamiento jurídico preexistente.

En conclusión: En el presente asunto no se violó el ordenamiento superior respecto de la adecuación típica de la falta gravísima imputada por participar en la actividad contractual con desconocimiento de los principios y reglas que deben regir la contratación estatal y la función pública, toda vez que en el proceso sí quedó demostrada su comisión por parte de la señora Rincón Escobar y el comportamiento de aquella se ajustó a los elementos e ingredientes del tipo disciplinario endilgado.

1.2. Segundo subproblema jurídico

¿La Procuraduría General de la Nación no demostró la ilicitud sustancial de la conducta reprochada disciplinariamente a la señora Rincón Escobar?

Tesis de la Sala: La anulación de los actos acusados no es procedente, en la medida en que, el comportamiento que se analiza en esta decisión, por el cual fue sancionada la demandante, consistió en la suscripción de los convenios interadministrativos con desconocimiento de principios de la contratación estatal y de la función pública, previstos en la ley, por lo que sí existió afectación del deber funcional que contrarió el ordenamiento jurídico.

1.2.1. La ilicitud sustancial de la conducta como presupuesto de la sanción disciplinaria

En materia disciplinaria, una conducta típica será ilícita cuando afecte el deber funcional, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión; así, el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 prevé: «[...] Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna».

Ahora bien, en cuanto a la antijuridicidad o ilicitud en el derecho disciplinario debe indicarse que esta no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, para su configuración no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley, pues es necesario que este tenga alcances sustanciales.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 asimiló los conceptos de «antijuridicidad» con el de «ilicitud sustancial»; luego, en consideración a ello, es claro que no puede simplemente analizarse el primer término aisladamente, sino que es menester que a este se agregue el adverbio «sustancial», aspecto que



repercute de forma directa en el análisis que debe observarse cuando de juzgar una actuación de un servidor público a la luz del derecho disciplinario se trata.

Es útil precisar que por la palabra sustancial se entiende⁵⁰:

1. adj. Perteneciente o relativo a la sustancia. *Esta definición es sustancial, no accidental.*
2. adj. Importante o esencial. *En lo sustancial estamos de acuerdo.*
3. adj. sustancioso (ll rico en valor nutritivo).

Por su parte, *sustancia* se define así⁵¹:

- «[...]»
2. f. Parte esencial o más importante de algo. No traicionaba la sustancia del pacto firmado.
 3. f. Conjunto de características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo. La palabra democracia está perdiendo su propia sustancia histórica.
 4. f. Valor, importancia o utilidad de algo. Un discurso con poca sustancia.
- [...]».

De las definiciones señaladas, se puede extraer que la referencia a lo sustancial en relación con la ilicitud significa que la infracción del deber funcional debe tener cierta relevancia, importancia o esencialidad frente a los fines del Estado, la satisfacción del interés general y los principios de la función pública.

En términos generales, esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes⁵². Esta figura, derivada del análisis doctrinal y jurisprudencial, permite establecer las pautas de interpretación del artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 y, por ende, sirve para entender en qué casos una conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y en cuáles no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad.

Sobre la ilicitud sustancial que trae consigo el artículo 5.º del Código Disciplinario Único, la doctrina ha manifestado⁵³:

«[...] **la antijuridicidad, o mejor la ilicitud**, en derecho disciplinario no puede ser entendida como mera contradicción de la conducta de la norma; eso sería tanto como pregonar la exigencia del deber por el deber mismo. Pero el camino correcto para ello no es hablar de antijuridicidad material, pues ello es propio del derecho penal. La antijuridicidad sustancial es un término genérico que cobija las especies de antijuridicidad material e ilicitud sustancial. La primera como se dijo, aplicable al derecho penal, y la segunda al derecho disciplinario. **La antijuridicidad sustancial es el término correcto para denominar el fenómeno propio del derecho disciplinario. Presupone como objeto de protección del derecho disciplinario el deber, pero en términos funcionales.** Por ello el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 habla del “deber funcional”, y define la “ilicitud sustancial” como la afectación de aquel sin justificación alguna. Es presupuesto de la ilicitud sustancial merecedora de

⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diccionario de la lengua española». Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=YpLjVbm>.

⁵¹ *Ibidem*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Yplehqm>.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002 y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2014, radicado: 11001-03-25-000-2012-00167-00 (0728-12).

⁵³ GÓMEZ PAVAJEAU, op. cit, pp. 368-369.



reproche el que se “afecte sustancialmente los deberes funcionales”. [...]» (Resaltado intencional).

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por⁵⁴:

«[...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. [...]».

Otro sector de la doctrina resaltó que⁵⁵:

«[...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, **es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta.** De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función [...]». (Negrita de la Subsección).

Se destaca, igualmente, lo dicho por Pinzón Navarrete⁵⁶:

«[...] **Toda falta disciplinaria, cualquiera que ella sea, lleva implícito el desconocimiento del deber funcional.** Es decir, si se incumple un deber, se infringe el deber funcional; si se incurre en una prohibición, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de una función, se infringe el deber funcional; y si se incurre en cualquier comportamiento previsto por el legislador como falta, se infringe el deber funcional.

Es por eso que también debe tenerse en cuenta que en las descripciones efectuadas por el legislador en el artículo 48 del Código Disciplinario Único como faltas disciplinarias gravísimas, la categoría del deber funcional se encuentra igualmente inmersa en el tipo disciplinario, pues la realización de cualquiera de dichas conductas señaladas taxativamente implica, al mismo tiempo, el desconocimiento del deber funcional que le asiste a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas⁵⁷.

«[...] **Puede decirse que todo incumplimiento del manual de funciones conlleva la afectación del deber funcional, pero no toda afectación del deber funcional siempre tiene que ver con las funciones establecidas en los respectivos manuales [...]**». (Negrita fuera de texto).

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2014, radicado: 11001-03-25-000-2011-00268-00 (0947-11). En el mismo sentido Corte Constitucional, sentencias C-712 del 5 de julio de 2001; C- 252 del 25 de marzo de 2003 y C-431 del 6 de mayo de 2004.

⁵⁵ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. 2.º edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 48.

⁵⁶ PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018, pp. 42-44.

⁵⁷ Despacho del procurador general de la Nación. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Radicación IUS 2006-277830, IUC 021-151885-06.



Citando nuevamente a esta Corporación, múltiples han sido las providencias que también acogieron esta postura⁵⁸, dentro de las cuales se afirmó:

«[...] En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, se tiene además que, de conformidad con el artículo 5 del Código Disciplinario Único la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...].»

Los anteriores pronunciamientos recogen la posición jurídica asumida por la Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del artículo 5.º del Código Disciplinario Único. En dicha oportunidad el alto Tribunal expresó⁵⁹:

«[...] Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, **el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.**

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.**

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines [...]. (Resaltado intencional).

De acuerdo con los parámetros esbozados puede concluirse lo siguiente:

⁵⁸ Consejo de Estado, Segunda, Subsección B, sentencias del 2 de mayo de 2013, radicado: 11001-03-25-000-2010-00149-00 (1085-2010) y del 16 de abril de 2015, radicado: 11001-03-25-000-2012-00352-00 (1353-2012).

⁵⁹ En el mismo sentido Corte Constitucional, sentencias C-373 del 15 de mayo de 2002 y C-452 del 24 de agosto de 2016. En esta última la Corte manifestó: «[...] Bajo esta misma línea argumentativa, la sentencia en comento aclara que **la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional [...]**» (Negrita fuera del texto).



- El «deber funcional» que contempla el artículo 5.º del Código Disciplinario Único, se desprende de la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los servidores públicos. Específicamente, hace referencia a la obligación que le asiste a estos de cumplir el conjunto de funciones asignadas a su cargo, actuar conforme la Constitución Política, la ley o el reglamento, y, garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la prevalencia del interés general y de los fines del Estado. En efecto, el deber funcional es catalogado como el medio a través del cual se cumplen los fines estatales.
- Cuando el artículo 5.º del CDU se refiere a la antijuridicidad, la equipara a la ilicitud sustancial. Por ende, las autoridades disciplinarias en el momento de decidir si una conducta de un servidor público es sancionable disciplinariamente, debe verificar, no solo la vulneración del deber, es decir la ocurrencia de la antijuridicidad formal propiamente dicha, sino que además le corresponde examinar la sustancialidad de la ilicitud.
- En virtud de lo anterior, solo pueden ser juzgadas disciplinariamente, las conductas que afecten sustancialmente el deber funcional, entendido este en los términos arriba señalados.
- Se considera que existe «ilicitud sustancial», cuando se comprueba que el quebrantamiento del deber implica una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado, del interés general y/o de la función pública, esto es, cuando se afecta sustancialmente el deber funcional.
- No es la ocurrencia del daño lo que determina la responsabilidad, sino la sustancialidad del deber. Por tanto, basta con que se afecte de forma sustancial el deber funcional para que se produzca la falta. Ello siempre y cuando, el quebrantamiento del deber funcional no esté amparado por algunas de las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 del Código Disciplinario Único.
- La concreción de la ilicitud sustancial de una conducta o de una falta se expresa con la realización de dos juicios. Uno deontológico, referido a la constatación del cumplimiento de los deberes precisos (contenidos en reglas) que le impone el ordenamiento jurídico a un servidor público en razón de su cargo, y otro axiológico, relacionado con la verificación de la observancia de los principios de la función pública⁶⁰.

1.2.2. Caso concreto.

La parte demandante señaló que la conducta a ella endilgada no puede entenderse como ilícita en la medida en que por cuanto la autoridad disciplinaria al momento de

⁶⁰ La Corte Constitucional ha señalado que «[...] el Derecho Disciplinario se encamina al juzgamiento de servidores públicos cuando "dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios (de la función pública) y las normas que rigen las formas de su comportamiento" (Corte Constitucional, sentencia C-430 del 4 de septiembre de 1997). Esto es, el Derecho Disciplinario demanda sendos juicios acumulativos:

- a. Cuando se contradicen las normas que rigen las formas del comportamiento de los servidores públicos, caso en el cual se da cuenta del juicio deontológico; y
- b. Cuando se desconocen los principios de la función pública, caso en el cual se da cuenta del juicio axiológico. Si ello fundamenta el ilícito disciplinario, lo contrario fundamenta su exclusión [...]. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*. 2.ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 134-135.



sancionarla no atendió el alcance de las funciones a ella encomendadas, por cuanto intervino en lo que jurídicamente le correspondía, por lo que, al no existir afectación al deber funcional, no era dable la sanción a ella impuesta, pues según su dicho, actuó con el pleno convencimiento de que su conducta estuvo acorde con la ley, pues no actuó en la actividad precontractual.

Sobre el particular, indicó que las competencias de la oficina jurídica estaban delimitadas por la naturaleza del empleo; que solo tenía a su cargo ejecutar funciones de carácter jurídico entre las cuales no están las técnicas o financieras; no le asistían funciones de selección o determinación de contratistas; y que por ello, no podía la Procuraduría llegar a conclusiones sobre responsabilidad, basada en presunciones y bajo desconocimiento de las normas que regulaban la actividad de cada uno de los profesionales que intervinieron en el asunto.

La Sala considera que la posición de la libelista, no prospera, ello, en la medida en que la conducta en que se soportó el respectivo cargo disciplinario representó una infracción de los deberes funcionales a cargo de la jefe de la oficina jurídica de la Unidad Administrativa para Proyectos y Contratación, dado que omitió atender en debida forma el procedimiento para la celebración de contratos estatales e inobservó el principio de selección objetiva, como principio rector de la contratación estatal, actuaciones que tenía el deber de ejecutar, dada la relevancia de su posición jerárquica en la entidad. No se observa, además, causal legal de justificación, que fundamente el actuar de la señora Rincón Escobar, es decir, que en el presente asunto existió una clara afectación al deber funcional de la demandante sin justificación legal alguna, circunstancias con las cuales se encuentra debidamente acreditada la ilicitud sustancial de la conducta como elemento de la responsabilidad disciplinaria.

En efecto, la calidad de jefe de la oficina jurídica al suscribir los convenios interadministrativos, exigía el deber de asesoramiento el cual omitió, en la medida en que sus funciones y el cargo desempeñado, le permitían tener claridad en cuanto a que se habían vulnerado los principios de transparencia y selección objetiva, los que, a todas luces deben atenderse en la actividad contractual la cual se encuentra ligada al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho⁶¹.

De esta forma, en el marco del Estado Social de Derecho la función pública está al servicio del interés general y puesto que una de las formas de desarrollar la función pública es la contratación estatal, es dable concluir que aquella se encuentra también al servicio del interés general.

Bajo esa óptica, es claro que la infracción de tal deber atentó con el ordenamiento superior, en tanto, la contratación estatal se encuentra sometida a los postulados de la Carta y, en particular a la satisfacción del interés general, por tal motivo, al haberse suscrito los convenios interadministrativos sin haberse escogido el contratista que mejor ejecutara el objeto contractual dada la omisión en la licitación pública como regla general, y al efectuar la celebración de los negocios jurídicos con una entidad que carecía de idoneidad para ejecutar aquellos, es claro que se afectaron los pilares del Estado Social de Derecho.

⁶¹ Tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009, referencia: expediente D-7663. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007.



Ahora bien, la sancionada esgrimió que dicho deber no se encontraba dentro del manual de funciones, sin embargo, habrá de señalarse que conforme lo ha explicado la doctrina: «todo incumplimiento del manual de funciones conlleva la afectación del deber funcional, pero no toda afectación del deber funcional siempre tiene que ver con las funciones establecidas en los respectivos manuales»⁶², bajo este entendimiento no es de recibo el argumento de la demandante cuanto afirma que dentro de sus funciones que le habían sido asignadas no se encontraba la de velar por la selección objetiva del contratista, pues al momento de elaborar la minuta y proceder a firmar los convenios, debió advertir que en efecto, se había soslayado la aplicación de los principios que rigen la contratación estatal.

Debe la Sala señalarle a la defensa que el quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales que la disciplinada debía observar y cumplir rigurosamente en materia de contratación estatal, referidas al deber de la selección objetiva del contratista, se afectó la buena marcha de la administración departamental, habida cuenta que se transgredieron los principios que rigen el Estado Social de Derecho, así como de la función administrativa, los cuales no fueron observados la señora Luz Ángela Rincón Escobar, en el ejercicio del cargo como jefe de la oficina jurídica de la unidad de contratación estatal.

Lo anterior es así, pues cuando se acude a la función pública de la contratación estatal con el fin de construir de destinar recursos para realizar obrar y prestar el servicio de agua potable y saneamiento básico, su objetivo no es otro que se preste a la comunidad en garantía del interés general, como fin último dentro de un Estado Social de Derecho, en tanto que en el presente caso las obras contratadas con EDESA ESP no las ejecutó directamente aquella, sino que tuvo que subcontratar, circunstancia que no permitió que en virtud de la libre escogencia, otras entidades de derecho público o privado, que hubieran desarrollado el objeto contractual en mejores condiciones.

Conclusión: En este orden, la disciplinada, sí se apartó de la función pública, por cuanto no ejerció sus deberes funcionales actuando dentro del marco de las competencias legales atribuidas como asesora de la directora de la actividad contractual y de los procesos de selección al interior del Departamento del Meta, para la época de los hechos, protegiendo el interés jurídico de la función pública, inobservándose con ello los principios de la contratación estatal y la función administrativa mencionados en precedencia, derivándose con ello la antijuridicidad sustancial de su proceder.

1.3. Tercer subproblema jurídico

¿Se demostraron los elementos de la culpabilidad para que se imponga la sanción disciplinaria?

Tesis de la Sala: se encuentran satisfechos los elementos de la culpabilidad, para la procedencia de la imposición de la sanción.

⁶² PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Grupo Editorial Ibañez, 2018, p.43.



1.3.1. La culpabilidad en materia disciplinaria

La culpabilidad es uno de los principios rectores de la ley disciplinaria y en observancia de este se proscriben toda forma de responsabilidad objetiva y se exige que las faltas solo sean sancionables a título de dolo o de culpa⁶³. Su fundamento radica en otro principio, como lo es el de la dignidad humana⁶⁴, pilar de nuestro ordenamiento constitucional⁶⁵ y también del disciplinario⁶⁶, a partir del cual, se ha de reconocer la libertad del sujeto como presupuesto de la reprochabilidad de su conducta⁶⁷.

Además de ser un principio rector, la culpabilidad también es una categoría dogmática de la responsabilidad disciplinaria⁶⁸, que demanda que, luego de haberse constatado que la conducta era típica y sustancialmente ilícita, se valore, por un lado, el aspecto subjetivo de esta, a partir del análisis de las intenciones o la imprudencia del presunto autor de la falta, esto es, si actuó con dolo o con culpa. Por el otro, la exigibilidad de un comportamiento distinto por parte de disciplinado, o la demostración de que pudo y debió adoptar una actuación diferente a la ilícita⁶⁹.

Para lo que interesa a este caso, en lo que tiene que ver con la culpa, en materia disciplinaria, esta será sancionable cuando sea gravísima o grave. De acuerdo con el párrafo del artículo 44 de la Ley 734, la primera forma de culpa se configurará «cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento». La segunda, «cuando se incurra en falta disciplinaria por **inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones**». (Negrita fuera del texto).

Desde la doctrina especializada en la materia se ha dicho que ambas formas de culpa tienen, como elemento común, que ellas dependen de la desatención simultánea de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado⁷⁰. El primero se refiere a la meticulosidad necesaria que, como dice la disposición, cualquier persona del común tiene en sus actuaciones, no obstante que, sobre esto, ha de valorarse la condición

⁶³ L. 734/2002, art. 13: «Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa». Disposición que replicó lo que señalaba el artículo 14 de la Ley 200 de 1995.

⁶⁴ Según el cual, «el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad»: Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (1785), Manuel García Morente (trad.) (1921), San Juan, Pedro M. Rosario Barbosa (ed.), 2007, p. 41. La visión «kantiana» sobre la dignidad humana también ha sido acogida por la Corte Constitucional, ver sentencia C-143 de 2015.

⁶⁵ CP, art. 1: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general». (Negrita fuera de texto).

⁶⁶ L. 734/2002, art. 8: «Reconocimiento de la dignidad humana. Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

⁶⁷ Cfr. John Harvey Pinzón Navarrete, *La culpabilidad en el derecho disciplinario*, Bogotá, IEMP Ediciones, 2016, p. 32. También: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 2020, rad. 25000234200020130602101 (3003-17).

⁶⁸ Cfr. John Harvey Pinzón Navarrete, *op. cit.*, p. 229.

⁶⁹ «La exigibilidad de otra conducta es un componente básico de la culpabilidad. Si culpabilidad es obrar en contra del derecho teniendo una alternativa diferente, esto es, pudiendo y debiendo adoptar otro tipo de conducta diferente a la ilícita, para estimar cumplida la culpabilidad se requiere que se le reproche al sujeto por ser exigible otro comportamiento. La inexigibilidad es la contracara del fenómeno, toda vez que la libertad, por encontrarse gravemente afectada, hace inexigible otra conducta»: Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 6ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 685.

⁷⁰ Cfr. John Harvey Pinzón Navarrete, *op. cit.*, p. 166.



del sujeto disciplinable como servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas, y el conocimiento y diligencia que ha de poseer respecto de su función⁷¹. Y el segundo, se relaciona con la previsibilidad de los acontecimientos derivados de la conducta del sujeto.

En todo caso, a pesar de las anteriores similitudes, los elementos diferenciadores de la culpa gravísima respecto de la grave están relacionados con las calificaciones dadas por la ley, en el sentido de que, para que se configure la primera, ha de existir ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. De esa manera, para que se configure la culpa grave, bastará que se presente la desatención de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado, sin que se requiera la presencia de los mencionados complementos.

Lo anterior se resume en el siguiente esquema:

Forma de culpabilidad	Descripción	Sustento jurídico
1. Culpa gravísima	Ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.	Ley 734 de 2002, artículo 44, parágrafo.
2. Culpa grave	Inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.	Ley 734 de 2002, artículo 44, parágrafo.

1.3.2. Caso concreto.

La demandante afirmó que la Procuraduría General de la Nación inobservó, que su función era solamente la de asesorar y que no participaba en todas las etapas contractuales, por lo que su conducta era rogada, en el sentido de que las otras secretarías realizaban el proceso precontractual, como por ejemplo la selección del contratista y su idoneidad técnica, por tanto, en su calidad de asesora, solo se dedicaba a realizar la minuta y suscribir el contrato.

Ahora bien, en relación con la participación de un contrato estatal con desconocimientos de los principios que rigen la función administrativa y la contratación estatal, el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dispone lo siguiente: «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 ley⁷².».

⁷¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 2020, rad. 25000234200020130602101 (3003-17).

⁷² Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible, conforme a la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, «en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios».



Conforme a lo demostrado en el plenario se observa que, de acuerdo al cargo desempeñado por la demandante como jefe de la oficina jurídica, empleo del cual, si bien había posesionado el 1.º de agosto de 2003⁷³, y los convenios por ella suscritos y que son objeto de reproche, se celebraron el 8 y 28 de agosto, y otro el 10 de octubre de 2003, lo cierto es que dado el cargo por ella desempeñado y en atención al Manual de Funciones contenido en el Acuerdo 003 de 2002⁷⁴, tenía el deber de **asesorar a las dependencias** de la Unidad Administrativa Especial para Proyectos y Contratación Pública, «en la elaboración, interpretación y aplicación de normas y procedimientos jurídicos y en general en todos los asuntos de su competencia, **especialmente en los procesos de contratación pública**». (Negrita fuera del texto original).

Adicionalmente se exigía el siguiente perfil⁷⁵ para desempeñar el empleo de jefe de la oficina jurídica de la tan mencionada entidad:

«REQUISITOS MÍNIMOS:

EDUCACIÓN: Título universitario en el área jurídica con especialización en derecho Administrativo o Contratación Estatal.

EXPERIENCIA: Dos (2) años de experiencia profesional.». (Mayúsculas y negrita conforme a la transcripción)

Teniendo en cuenta lo anterior, y habida cuenta de que la libelista al suscribir los convenios con los cuales se omitieron los principios de la contratación estatal, se desprende que ella no tuvo el debido cuidado en la verificación del instrumento que estaba firmando y que en todo caso debía hacerlo como se vio en el acápite de la tipicidad por esa razón se deriva en una ignorancia supina que se constituye en falta gravísima, ello dado que, con ocasión del cargo desempeñado estaba en la capacidad jurídica de llevar a cabo esa función de especial cuidado.

En esta línea, es dable concluir que la demandante no solo cumplía funciones internas en su oficina y de coordinación de personal a su cargo, sino que también tenía como deber absolver consultas a todas las dependencias que se encargaban del proceso contractual, dado su rango profesional y su calidad de asesora, por lo que es claro que omitió dar aplicación a las normas que regulaban sus deberes en la entidad.

Sumado a lo anterior, no es causal de exculpación lo alegado por la demandante en el sentido de que solo daba fe de lo realizado por otras dependencias de la Unidad, por lo que elaboraba la minuta y suscribía el contrato conforme los documentos que habían recaudado las otras secretarías, ello, toda vez que se insiste, conforme a su cargo al momento de verificar los instrumentos que se tuvieron en cuenta para suscribir los convenios, debió advertir que aquellos no cumplían con los principios de la función pública y de la contratación estatal que se analizaron en precedencia.

⁷³ Folios 266 a 268 del cuaderno principal.

⁷⁴ Folios 275 a 289 *ibidem*.

⁷⁵ De acuerdo con el Oficio 114100-1689 del 1.º de octubre de 2010, signado por la directora administrativa de defensa judicial del Departamento del Meta, por medio del cual se anexó, entre otros, las funciones y requisitos para ejercer el cargo en comento (folios 272 a 274).



Si hubiese atendido las mínimas obligaciones que se le encomendaron, pudo observar que en efecto, la empresa EDESA ESP no tenía la idoneidad de ejecutar el objeto contractual, pues es claro que se encontraba en fase preoperativa, circunstancia que solo con verificar la escritura pública podía observarse. De esta forma, su actuar sí demuestra la omisión el cumplimiento de sus funciones, máxime cuando su formación profesional y el carácter del empleo que ejercía lo requerían.

En efecto, el fallo sancionatorio de primera instancia⁷⁶ consideró en lo pertinente: «[...] al ser de conocimiento de la encartada, el deber de atender y observar debidamente y con el extremo cuidado, los actos propios de la función pública traducidos en el respeto a los principios de la contratación pública, como el deber objetivo de cuidado normatizado, lo que en últimas se deja a un lado.».

Por su parte, en la actuación de segunda instancia que resolvió el recurso de apelación⁷⁷, el órgano disciplinario expuso: «[...] siendo palpable la desatención e incumplimiento de las normas de contratación en los hechos investigados,».

De esta forma, se observa que la señora Rincón Escobar con ocasión del cargo desempeñado, sus funciones y formación profesional, omitió atender los lineamientos del estatuto contractual y de la función pública que eran de obligatorio cumplimiento al momento de asesorar y suscribir los convenios objeto de reproche en el trámite sancionatorio, configurándose por tanto la culpa gravísima.

En conclusión: Sí se encuentran demostrados los elementos para que la Procuraduría General de la Nación le impusiera la sanción disciplinaria a la señora Luz Ángela Rincón Escobar a título de culpa gravísima.

En ese orden de ideas, los planteamientos esbozados en cuanto a este elemento de la responsabilidad disciplinaria no están llamados a prosperar.

DECISIÓN DE ÚNICA INSTANCIA

Al no encontrarse probada ninguna de las causales de nulidad endilgadas en contra de los actos acusados, la Subsección denegará las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora Luz Ángela Rincón Escobar, en contra de la Nación, a través de la Procuraduría General de la Nación.

No hay lugar a condenar en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA⁷⁸ 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

⁷⁶ Folio 35 vuelto del cuaderno de pruebas-anexo II.

⁷⁷ Folio 98 *ibidem*.

⁷⁸ CCA, artículo 171: «Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil».



Radicado: 110010325000201500480 00 (1211-2015)
Demandante: Luz Ángela Rincón Escobar

FALLA

Primero: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora Luz Ángela Rincón Escobar, en contra de la Nación, a través de la Procuraduría General de la Nación.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en la plataforma SAMAI.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Impedido

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

