

DEBIDO PROCESO Y REQUISITOS MÍNIMOS DE UNA IMPUTACIÓN VÁLIDA

Todo cargo disciplinario debe responder a lo que la teoría, en otras expresiones del derecho sancionador, ha definido como una «imputación válida», frente a la cual se deben observar como mínimo los siguientes requisitos: (1) Imputación clara: comprender cabalmente cuál es la acción que se le atribuye y el resultado que se le recrimina; (2) Imputación precisa: exactitud tanto de los aspectos objetivos como subjetivos de la falta disciplinaria; (3) Imputación circunstanciada y específica: circunstancias de tiempo, modo y lugar definidas; (4) Imputación integral: que contenga todos los elementos que caracterizan el hecho o la conducta; (5) Imputación propia: únicamente los resultados de una acción cuando tuvo el dominio de esta; y (6) Imputación de una conducta típica: que los anteriores elementos, que equivalen a la imputación fáctica, correspondan a la imputación jurídica, la que involucra los aspectos jurídicos más relevantes, como la clase de falta disciplinaria (gravísima, grave, o leve), la naturaleza del tipo (abierto o en blanco), si el comportamiento está relacionado con el cargo, función o servicio y si el precepto normativo contempla o no el resultado como requisito típico.

LA NO ELABORACION DE LOS ESTUDIOS PREVIOS COMO CONDUCTA CONSTITUTIVA DE FALTA DISCIPLINARIA GRAVÍSIMA

La elaboración de los estudios previos sí hace parte de la fase precontractual, en la cual se encuentran, por un lado, aquellas actividades preparatorias y de planificación, y, por el otro, los trámites de selección del contratista. La expresión «etapa precontractual», referida en la legislación disciplinaria -no así en las normas contractuales-, quiso recoger todas las irregularidades que eventualmente se presenten antes de la firma del contrato, siempre y cuando se concrete la regla que desconozca alguno de los principios de la contratación estatal. La obligación de la elaboración de los estudios, que se constituye en una regla que desarrolla tanto el principio de economía como el responsabilidad, hacen parte de lo que la Ley 734 de 2002, en su numeral 31 del artículo 48, denominó etapa precontractual, pues (1) no se hizo ninguna excepción, clasificación o precisión para entender que en aquella expresión quedaban excluidas algunas actividades o deberes que deben cumplirse antes de la apertura formal del proceso contractual; y (2) la ilustración de la jurisprudencia ratifica que en dicha etapa se comprenden todas las reglas que desarrollan los principios de economía y planeación, lo cual involucra el deber de que se realicen los respectivos estudios previos.

FORMA DE VALORAR LA VERSIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA

La afirmación de que la versión libre no puede valorarse debe ser entendida en que ello no es procedente como prueba, pero sí como medio de defensa. Por tanto, todas las alegaciones ofrecidas tendrán que ser estudiadas por la autoridad disciplinaria, con el fin de efectuar un análisis integral y en conjunto con el acervo probatorio. [...] Es por lo anterior que el carácter de derecho que le asiste a la figura en comento implica que su ejercicio sea facultativo, atendiendo a los intereses o estrategia de defensa que decida emplear el disciplinado como titular de aquel. Al no ser obligatorio rendir la versión libre, quien decida hacerlo goza de la garantía de que esta sea recepcionada libre de apremios de juramento u otra coacción, pues es claro que se debe proteger el derecho de no autoincriminación. No obstante, ejercido este derecho, es apenas lógico y necesario que las afirmaciones allí ofrecidas se confronten y analicen con las pruebas que obren en el proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 48 NUMERAL 31

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00264-00(2217-10)

Actor: JORGE ELIECER MUSTAFÁ ERASO

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Referencia: SE NIEGAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE LA DEFENSA. REQUISITOS MÍNIMOS DE UNA IMPUTACIÓN VÁLIDA. AUSENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN. CONTRATOS SIN FORMALIDADES PLENAS EN VIGENCIA DE LA LEY 80 DE 1993. OBLIGACIÓN DE ELABORAR LOS ESTUDIOS PREVIOS. NATURALEZA DE LA VERSIÓN LIBRE Y FORMA DE VALORARLA CON LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL PROCESO DISCIPLINARIO. CONCEPTO DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN LA FALTA DISCIPLINARIA RELACIONADA CON LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

I. ASUNTO

La Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹, que se tramitó por demanda interpuesta por el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso en contra de la Procuraduría General de la Nación.

II. LA DEMANDA Y ESCRITO DE CORRECCIÓN

Conforme al texto de la demanda y su respectiva corrección se formularon las siguientes pretensiones²:

¹ Vigente para la época de la demanda.

² Demanda en folios 2-88 del expediente. La demanda fue presentada ante el juez administrativo de Mocoa, la cual fue inadmitida mediante la providencia del 21 de julio de 2008. No obstante, a través de auto del 31 de marzo de 2009, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Mocoa admitió la demanda (ff. 5030-5038). Posteriormente, el 4 de agosto de 2009, el demandante presentó escrito de corrección de demanda (ff. 5081 a 5149) ante el mismo Juzgado.

De nulidad:

- Se declare la nulidad del acto administrativo de primera instancia del 6 de septiembre de 2006, proferido por la Viceprocuraduría General de la Nación, mediante el cual se sancionó disciplinariamente al demandante con destitución e inhabilidad general por el término de once (11) años para ejercer cargos públicos.
- Se declare la nulidad del acto administrativo de segunda instancia del 20 de octubre de 2006, expedido por el procurador general de la Nación, mediante la cual confirmó la decisión anterior.
- Las anteriores pretensiones únicamente las delimitó en cuanto a la declaratoria de responsabilidad del señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso, toda vez que en los actos demandados hubo otros servidores públicos sancionados.
- Se declare la nulidad del artículo tercero de la Resolución departamental n.º 1877 del 12 de diciembre de 2006, expedida por el secretario delegatario con funciones de gobernador, por medio de la cual se hizo efectiva la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación.
- Se declare la nulidad del Decreto departamental n.º 0124 del 29 de diciembre de 2006, expedido por el gobernador del departamento de Putumayo, por medio del cual se excluyó del escalafón nacional docente y del cargo de rector de la Institución educativa Pio XII al señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso.

De restablecimiento del derecho:

- Se ordene a la Nación, Procuraduría General de la Nación reintegrar al demandante a la Institución educativa Pio XII del municipio de Mocoa (Putumayo), en el cargo de rector de la planta de persona de dicha institución o a otro cargo de igual o superior jerarquía o mejor remuneración con funciones afines al cargo que venía desempeñando, por ser empleado en cargo de carrera docente.

Ulteriormente, la titular de ese Juzgado se declaró impedida, por existir un pleito pendiente por la demanda que interpuso contra la Procuraduría General de la Nación (ff. 10090-10091). El Tribunal Administrativo de Nariño aceptó el impedimento (ff. 10094-10095), por lo cual el proceso fue asumido por el Juzgado Tercero Contencioso Administrativo de Pasto. Sin embargo, este despacho, mediante providencia del 20 de septiembre de 2010, declaró la incompetencia para seguir conociendo de la actuación, razón por la cual envió las diligencias al Consejo de Estado (ff. 10100-10103). En consecuencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante providencia del 29 de noviembre de 2010, admitió la demanda (ff. 10115 a 10118). De esa manera, el demandante, a través del escrito del 30 de marzo de 2011, nuevamente presentó escrito de corrección de demanda (ff. 10134-10202), la cual fue admitida conforme al proveído del 29 de julio de 2011 (ff. 10221-10222).

- Se declare que la Nación, Procuraduría General de la Nación, está obligada a reintegrar al demandante al escalafón docente grado 14, amparado bajo del Decreto 2277 de 1979.
- Se declare que no ha existido solución de continuidad entre la fecha de desvinculación y la del reintegro efectivo, para todos los efectos laborales y fiscales.
- Se ordene a la Nación, Procuraduría General de la Nación, retirar de la base de datos del Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad «SIRI» al señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso.
- Se ordene a CAJANAL, previas las desanotaciones del Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI) de la Procuraduría General de la Nación del señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso, a revisar nuevamente la solicitud que fuera elevada por el demandante, respecto del derecho que le asistía a la pensión de gracia, la cual fue negada en su momento, por aparecer registrado su nombre en el SIRI.

De reparación de perjuicios:

- Se ordene a la Nación, Procuraduría General de la Nación, además del reintegro, a pagar al demandante las siguientes cantidades de dinero:
 - o El monto dejado de percibir como consecuencia del retiro con la sanción disciplinaria, en igualdad de condiciones a los que han devengado los rectores en carrera docente escalafonados en grado 14. Se reclaman, entre otros valores, los correspondientes a su sueldo básico, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones y demás prestaciones legales y extralegales dejadas de percibir desde la separación absoluta del servicio, esto es, desde el 9 de enero de 2007, hasta cuando sea reintegrado efectivamente al cargo en carrera docente que le correspondía dentro de la Institución educativa Pío XII, comprendiendo el valor de los aumentos decretados con posterioridad a su retiro.
 - o El valor de cien salarios mínimos mensuales o la suma que venga reconociendo la jurisprudencia por concepto de indemnización del daño moral sufrido, por dejar al demandante sin el salario que le permitiera una subsistencia digna y atención económica adecuada para atender las necesidades de su familia, ni una ocupación que le retribuyera realización personal.

Otras:

- Ordenar que las cantidades líquidas reclamadas sean indexadas y reajustadas en su poder adquisitivo, por el periodo comprendido entre la fecha del retiro y el día del pago real de la obligación, ajustada sobre el último sueldo que devenguen los rectores escalafonados en el grado 14, regulados por el Decreto 2277 del 1979, en el momento de la ejecutoria de la sentencia y conforme al índice de precios al consumidor que certifique el DANE, tal como lo establece el artículo 178 del C. C. A., más los intereses moratorios después de este término.
- Los intereses que genere el cumplimiento tardío del pago de la sentencia.
- Que se condene a la Procuraduría General de la Nación al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho.
- Disponer que la entidad demandada cumpla el fallo dentro del término de ley de conformidad con los ordenamientos contenidos en los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.

Fundamentos fácticos relevantes

1. Jorge Eliecer Mustafá Eraso se vinculó como rector de la Institución educativa Pio XII mediante Decreto n.º 009 del 7 de mayo de 1990, fecha en la cual se encontraba inscrito en el escalafón docente de la misma carrera en el grado 14, de conformidad con la Resolución 896 del 27 de noviembre de 1996, expedida por la Junta Seccional de Escalafón Mocoa Putumayo. Tomó posesión de dicho cargo el 8 de mayo de 1990.
2. El señor José Vicente Gallón Cañas presentó queja disciplinaria del 18 de agosto de 2005 contra el gobernador del departamento del Putumayo, por presuntas irregularidades en materia de contratación. Por ello, el 30 de agosto del mismo año, el procurador general de la Nación asignó el conocimiento del caso a unos funcionarios de dicha entidad con el fin de verificar la observancia y fines de la contratación estatal en relación con los hechos informados en la queja.
3. El 15 de noviembre de 2005, la Procuraduría General de la Nación ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra del gobernador del departamento del Putumayo y otros funcionarios, entre ellos el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso, en su condición de secretario de educación departamental, cargo que desempeñó el 23 de enero de 2003 al 10 de enero de 2005.
4. Tramitada la actuación disciplinaria, el viceprocurador general de la Nación, a través del proveído del 6 de septiembre de 2006, profirió la decisión sancionatoria de primera instancia, mediante la cual encontró disciplinariamente responsable al demandante y le impuso la sanción de

destitución e inhabilidad general por el término de once (11) años para ejercer cargos públicos.

5. El día 20 de octubre de 2006, el procurador general de la Nación emitió el acto administrativo disciplinario de segunda instancia, por el cual confirmó la responsabilidad y sanción disciplinaria frente al demandante Jorge Eliecer Mustafá Eraso.

Normas violadas

Para el demandante, los actos administrativos sancionatorios acusados desconocieron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991: preámbulo y artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 83 y 123.
- Ley 57 de 1985: artículo 5.
- Ley 200 de 1995: artículo 5.
- Ley 734 de 2002: artículos 4, 5, 6, 18, 92, 129, 130, 141, 142 y 163.
- 146 y 147.
- Ley 80 de 1993: artículos 11, 22, 25, 26, 30 y 39
- Decreto 1222 de 1986: artículo 330.
- Decreto 679 de 1994: artículo 25.
- Decreto 2170 de 2002: artículos 1, 2 y 8.

Concepto de violación

Como quiera que la Procuraduría General de la Nación encontró responsable al señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso por los dos cargos que le fueron formulados, en la demanda el concepto de la violación se presentó de forma separada por cada uno de ellos. En ese sentido y sin perjuicio de que más adelante se explicará en detalle cada cargo disciplinario, el concepto de la violación se hizo, por una parte,

frente a la conducta relacionada con los contratos interadministrativos 093, 094 y 095 de 2004, y, por la otra, en cuanto a los contratos 349, 361, 362 y 363 del mismo año, estos últimos celebrados con la señora Florelvita Luna Córdoba.

- **Concepto de la violación frente a la conducta relacionada con los contratos interadministrativos 093, 094 y 095 de 2004.**

El demandante desarrolló dos cargos de la siguiente manera:

1. Violación al debido proceso y derecho de defensa.

Luego de hacer unas referencias teóricas relacionadas con el concepto de Estado Social de Derecho y temas afines, el apoderado del demandante aseveró que el cargo disciplinario fue ambiguo, deficiente, confuso, antitécnico, impreciso y lesivo de las garantías fundamentales, pues no se concretó de manera taxativa y específica el tipo de conducta cometida y la clase del contrato que dio lugar a la configuración del comportamiento prohibido.

2. Falsa motivación.

En esta causal, el apoderado del demandante argumentó que el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso no intervino en la etapa precontractual correspondiente a los contratos interadministrativos 093, 094 y 095 de 2004, celebrados por el departamento del Putumayo. Para ello, refirió que el demandante solo actuó en la fase inicial, previa, preparatoria o de planeación, la cual era diferente de la etapa precontractual. Al respecto, hizo una explicación de cada una de estas etapas, para afirmar que la actividad de verificación de las propuestas estaba a cargo del Comité Evaluador o, en su defecto, a la Oficina Jurídica. En tal sentido, el demandante no hacía parte del aludido comité.

De igual manera, el apoderado destacó que el único «pecado» del señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso fue haber suscrito los estudios de conveniencia y oportunidad de dichos contratos, por lo cual no se entendía cómo los actos administrativos disciplinarios habían involucrado al demandante en una discusión técnica y jurídica la cual nunca conoció. Por ello, precisó que la intervención del señor Mustafá Eraso solo había tenido lugar en la etapa preparatoria, mientras que la falta disciplinaria que le fue imputada solo señalaba la participación en la etapa precontractual y contractual, con lo cual se demostraba la inconsistencia de los actos demandados. Adicionalmente, para el demandante los estudios de

conveniencia y oportunidad de los anteriores contratos sí cumplieron los requisitos contenidos en el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, aspecto que tampoco había sido tenido en cuenta por la Procuraduría General de la Nación.

Por otra parte, el demandante resaltó la contradicción relacionada con la Resolución n.º 1967 del 8 de noviembre de 2004, por medio de la cual se delegó en los secretarios de despacho la etapa precontractual, pues adujo que este acto administrativo nunca fue notificado, por lo cual no se surtieron los efectos de la delegación allí contenidos. Agregó que dicha irregularidad trató de enmendarse con una notificación por edicto, pero que este fue desfijado el 24 de noviembre de 2004, fecha en la cual el demandante ya no se encontraba en el departamento de Putumayo, pues le había sido concedido un permiso para tales fines. Por ende, la Procuraduría dio por sentado que con notificación o sin ella del demandante debía responder por lo sucedido, a pesar de no estar dentro del Manual de Funciones la elaboración de los estudios de conveniencia y oportunidad y por el simple hecho de haberlos firmado.

Por último, el señor apoderado resaltó que en cuanto al contrato n.º 094 de 2004 sí hubo registro en el Banco de Proyectos, aspecto que no fue tenido en cuenta por la Procuraduría General de la Nación. En todo caso, dijo que si en gracia a la discusión se aceptara que el demandante cometió alguna irregularidad en el desempeño de sus funciones, ante la falta de dolo y ausencia de antecedentes disciplinarios dicha conducta no podía dar lugar a una sanción tan drástica como lo era la destitución.

- **Concepto de la violación en cuanto a la conducta concerniente con los contratos 349, 361, 362 y 363 de 2004, celebrados con la señora Florelvita Luna Córdoba.**

Frente a esta conducta, el demandante desarrolló tres cargos así:

1. Violación al debido proceso y derecho de defensa

Al igual que con la primera imputación, el apoderado del demandante aseveró que el cargo disciplinario fue abstracto, antitécnico y ambiguo, porque no se permitió estimar qué tipo o clase de contrato fue el que se aplicó y por el cual se le llamó a responder.

Para ello, reclamó el que no se haya podido determinar con claridad desde cuándo comenzaban y hasta dónde terminaban las cuantías de la contratación el departamento de Putumayo para la época de los hechos, con lo cual no se respetaba el debido proceso y el derecho a la defensa.

En otro apartado, refirió que faltó valoración de los supuestos fácticos y probatorios, que hizo carrera la parcialidad del funcionario de conocimiento en búsqueda de la verdad de los hechos y que se negaron pruebas testimoniales debidamente solicitadas³.

2. Falsa motivación

Al igual que el reproche formulado por la conducta relacionada con los contratos interadministrativos, el apoderado del demandante reiteró que el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso no intervino en la etapa precontractual correspondiente a los contratos 349, 361, 362 y 363 de 2004, celebrados entre el departamento de Putumayo con la señora Florelvita Luna Córdoba. Al respecto, destacó una vez más las diferencias entre la fase inicial, previa, preparatoria o de planeación, con aquella denominada como la etapa precontractual.

Del mismo modo, el demandante solicitó que se tuviera en cuenta que en cada uno de los títulos de los contratos estos se consideraron como «contratos sin formalidades plenas de obra No. 349 (361, 362, 363) de 31 de diciembre de 2004». En cuanto a este tipo de contrataciones, refirió que su regulación estaba dada por el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 25 del Decreto reglamentario 679 de 1994 y a lo dispuesto en el Decreto departamental n.º 0376 del 28 de noviembre de 2003, expedido por la Gobernación del Putumayo. Agregó que este tipo de acuerdos de voluntades no estaban sometidos a tantas formalidades, las que en todo caso fueron cumplidas, pues en el caso de la señora Florelvita Luna se solicitó la expedición de pólizas, la inscripción en el registro único de proponentes y la exigencia del pago de estampilla para su publicación, entre otros, con lo cual se fue más garantista y hasta «exagerado» a la hora de escoger a la contratista. Por tanto, era un error considerar que en el presente caso debía aplicarse el procedimiento de la contratación directa como lo exigió la Procuraduría General de la Nación. Para respaldar su afirmación, adjunto la copia de los documentos que acreditaban las cuantías para la época de la contratación (año 2004), suscritas por el jefe de Presupuesto del departamento de Putumayo.

Sobre los «contratos sin formalidades plenas», el apoderado del demandante insistió en que el inciso segundo del artículo 25 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, dejó «al parecer» desprovista de toda formalidad a este tipo de acuerdos de voluntades, los cuales terminaron

³ Folio 10183 del expediente (folio 50 del escrito de corrección de demanda).

denominándose «órdenes». Con ello se entendía que aquellos eran actos propios de quienes detentaban la ordenación del gasto o quien tuviera dicha facultad por vía de la delegación. No obstante, como quiera que esas órdenes debían estar plasmadas en un escrito y como mínimo tenía que especificarse el objeto y la contraprestación, en su sentir los demás requisitos eran facultativos, porque así lo había dispuesto la propia ley. Para ello, efectuó una comparación entre el artículo 25 del Decreto 679 de 1994 (contratos con formalidades plenas) y el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (contratos sin formalidades plenas).

Relacionado con lo anterior, el señor apoderado esgrimió que los actos también incurrieron en falsa motivación porque no se hizo claridad en cuanto a las cuantías de la contratación. Al respecto, manifestó que no era cierto que la menor cuantía para el año 2005 haya sido de \$15.600.000 y que el 10% de esta cifra fuera \$1.560.000. Para ilustrar lo anterior, explicó que las cuantías en el año inmediatamente anterior (es decir, las de año 2004⁴) eran las siguientes: la menor cuantía estaba fijada desde \$21.480.001 hasta \$214.800.000 y que el 10% de la menor cuantía estaba desde \$14.320.001 hasta \$21.480.001. Por tanto, agregó que esto era una muestra de la improvisada y acelerada investigación disciplinaria a cargo de la Procuraduría General de la Nación.

Explicado lo dicho en precedencia, el demandante relacionó los contratos sin formalidades plenas celebrados entre el gobernador del departamento del Putumayo y la señora Florelvita Luna Córdoba así:

n.º de contrato	Valor
349	\$ 13.817.950
361	\$ 5.565.941
362	\$ 7.157.924
363	\$ 9.700.849

En atención a los valores referidos, el demandante argumentó que estos contratos estaban dentro del rango de aquellos considerados «sin formalidades plenas», los cuales habían cumplido las normas contractuales que regían la materia. Por tanto, aseveró que los cálculos efectuados por la Procuraduría habían sido erróneos y que no concordaban con la certificación expedida por el jefe de Presupuesto de la Gobernación del Putumayo para el año 2004.

Por otra parte, el demandante se refirió a una publicación del Instituto de Estudios de la Procuraduría General de la Nación, en la que se abordó el tema de la contratación de mínima cuantía. En ese sentido, efectuados los correspondientes

⁴ En este apartado el demandante hizo una comparación de las cuantías entre los dos años: 2004 y 2005.

análisis sobre los puntos de acuerdo y de desacuerdo, concluyó que los cuatro contratos anteriormente referidos habían cumplido los requisitos legales exigidos.

En cuanto a otros aspectos relacionados con la falsa motivación, el demandante destacó lo que en su criterio constituía dos errores «garrafales»: por un lado, el que se haya considerado como testigo al señor Ernesto Muriel Silva, quien era Notario Único del Círculo de Mocoa; por el otro, haber considerado a los acuerdos de voluntades firmados con la señora Florelvita Luna Córdoba como contratos interadministrativos.

Como un vicio relacionado con la formulación del cargo, el apoderado resaltó el que la prueba documental se haya interpretado de manera sesgada y acomodada, pues en su criterio era un equívoco tipificar la falta por una responsabilidad ajena, ya que fue la señora Florelvita Luna Córdoba la que por su cuenta propia aportó documentos que no se ajustaban a su perfil profesional, invirtiéndose así el principio de buena fe con el que deben actuar las personas dentro de un proceso contractual. Agregó que casos como este quedaba a la libre voluntad y apreciación subjetiva de los investigadores, para lo cual solicitó que se analizara unas situaciones similares, abordadas en otros procesos, cuyo tratamiento, desde el punto de vista de la adecuación típica y la sanción, habían sido diferentes.

Otro aspecto que consideró el demandante como de indebida interpretación, con lo cual los actos estarían viciados de falsa motivación, fue el relacionado con el análisis que las autoridades disciplinarias hicieron de la versión libre. Sobre este aspecto, concluyó que a las explicaciones ofrecidas se les dio un alcance y significado diferentes, circunstancia que fue aprovechada de manera astuta para convertirla y transformarla en una herramienta acusatoria.

De similar manera, el señor apoderado señaló otro error de la Procuraduría al haber considerado el hecho de que el demandante le haya extendido la invitación a la señora Florelvita Luna Córdoba, pues los contratos sin formalidades plenas debían ser ordenados previamente y elaborados por escrito por el ordenador del gasto o quien hubiese recibido la delegación. Por tanto, recalcó que el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso no fue ordenador de gasto y que dicha facultad tampoco le fue delegada.

Respecto a los aspectos jurídicos de las decisiones sancionatorias, el apoderado destacó que al demandante se le imputó la violación del principio de planeación, pero que este no estaba contemplado ni desarrollado en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. De forma complementaria y basándose en algunas consideraciones de la sentencia C-818 de 2005, argumentó que los principios en cuanto normas jurídicas no podían ser, por sí solos, suficientes para la descripción de comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias, aspecto que se había omitido en el proceso disciplinario. Añadió que, en gracia a la discusión, de tener que aplicarse el principio de planeación este no había sido vulnerado, toda vez que los contratos eran el producto del desarrollo de un programa incorporado dentro del Plan de Desarrollo Departamental «EJE ESTRUCTURAL I». Adicionalmente precisó que las obras contratadas estaban en el proyecto

«Mantenimiento de Instituciones y Centros Educativos del departamento del Putumayo», en el cual se incluyeron las descripciones de las obras correspondientes a los cuatro contratos celebrados con la señora Florelvita Luna Córdoba.

Por último, el demandante sostuvo que el «principio de responsabilidad», que también le fue imputado por la Procuraduría General de la Nación, no estaba llamado a prosperar, porque se contaba previamente con los estudios de conveniencia y oportunidad y que el «principio de economía» tampoco había sido puesto en riesgo. Expresó que las cantidades de obras se definieron y avalaron por ingenieros civiles, que los riesgos de la contratación se establecieron, que se pagaron las respectivas pólizas y que existió una convocatoria dirigida a toda la comunidad que se presentaran las respectivas propuestas. Por tanto, tampoco se vulneró el principio de selección objetiva.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda

La apoderada de la Procuraduría se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que los actos administrativos impugnados fueron proferidos en el ejercicio de las atribuciones legales y con arreglo a los preceptos constitucionales⁶.

En cuanto a las pretensiones relativas al reintegro a la carrera administrativa docente, manifestó que aquellas carecían de sustento por cuanto la sanción que le impuso la Procuraduría General de la Nación correspondía al cargo de secretario de educación departamental y dentro del proceso contencioso no aparecía la prueba de la ejecución de la sanción, ni la prueba que acreditara el vínculo en la carrera docente nacional.

Excepciones

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación presentó las excepciones de «carácter y connotación del poder disciplinario», «la presunta violación del artículo 29 superior» y «sustento normativo del cargo y calificación provisional de la falta y grado de culpabilidad».

Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda

El apoderado de la Procuraduría afirmó que cada uno de los nueve hechos enunciados en el escrito de la demanda debía corroborarse en el contenido de los documentos y decisiones disciplinarias objeto de cuestionamiento. Al respecto, aseveró que los hechos, tal como fueron presentados, contenían valoraciones

⁵ Folios 10208 a 10219 del expediente, y conforme a la contestación del escrito de corrección de demanda (folios 10226 a 10237, *ibidem*).

subjetivas sobre la presunta arbitrariedad e ilegalidad que solo le correspondía declararla al juez en este proceso.

De la misma manera, manifestó que no se podía perder de vista que el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso era al momento de los hechos el secretario de Educación y Cultura del departamento de Putumayo y por tanto no podían considerarse como de «especulaciones doctrinarias» las afirmaciones relacionadas con el grado de responsabilidad en la ejecución de las políticas, planes y proyectos del sector educativo para el departamento en cabeza del investigado.

Por su parte, consideró errado la conclusión de que era lo mismo la formulación del proyecto educativo, debidamente inscrito y registrado en la Oficina de Planeación, que el cumplimiento de las formalidades de cada una de las etapas de los contratos objeto del cuestionamiento disciplinario. Por ello, recalcó no podía aceptarse como excusa la existencia de proyectos debidamente aprobados, como sustitutivos de los requisitos de la contratación estatal, consagrados en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002. Igualmente, explicó que tampoco podía ser de recibo que el establecimiento de las pólizas de garantía, propios de la ejecución del contrato, reemplazaran la prevención de las reglas de selección que permitieran escoger la mejor propuesta y al mejor contratista.

Pronunciamiento frente a las causales de nulidad que fundamentan la demanda.

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación presentó los argumentos que se sintetizan a continuación:

- La Procuraduría General de la Nación obró de manera de conformidad con las normas sustantivas y procesales que rigen la materia.
- La motivación de la decisión, el análisis de las pruebas y las imputaciones fácticas y jurídicas fueron correctas.
- El demandante omitió sus deberes relacionados con el cumplimiento de los requisitos de la etapa precontractual, contractual y de vigilancia de los contratos 093, 094 y 095 de 2004.
- La «resolución de apertura» debió estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva, en el cual debió analizarse la conveniencia y oportunidad de los contratos y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. En ese sentido, cuando sea necesario el estudio deberá estar acompañado además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad, y es el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002 que señala que, en desarrollo de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en el cual se analice la conveniencia y oportunidad de realizar la contratación que se trate tendrán lugar de manera previa a la apertura de los proceso de

selección y deberán contener como mínimo la información contenida en dicha norma. Por tanto, respecto de los contratos 093, 094 y 095 de 2004 consideró correcta la imputación efectuada por vía de lo dispuesto en los artículos 23 y 34, numeral 1, de la Ley 734 de 2002.

- Para los demás contratos, esto es, los identificados con los números 369, 341, 342 y 343 de 2004, la apoderada no solo consideró acertada la imputación por la falta gravísima, sino el reproche formulado a título de culpa gravísima. Igualmente, no se acreditó alguna causal de exclusión de responsabilidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

En sus alegatos de conclusión, el apoderado del señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso reiteró los argumentos presentados en la demanda⁶. De forma complementaria, se refirió al escrito de contestación de la corrección de demanda, efectuada por la apoderada de la Procuraduría General de la Nación. En dicho apartado, se opuso a los planteamientos expuestos y criticó varias imprecisiones en las que incurrió la profesional que representó los intereses del órgano de control, pues la demanda nada tenía que ver con la responsabilidad de un edil, sobrecostos en útiles escolares, manejos de anticipo, ni la participación de una interventoría de nombre Flor Ángela Puerto, entre otras.

Por último, solicitó que en cuanto a los contratos sin formalidades plenas se aplicara al presente caso la sentencia del 3 de octubre de 2012, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 230012331000199808976-01, número interno 26.140, entre otras.

Parte demandada y Ministerio Público

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio⁷.

V. CONSIDERACIONES

1. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, cuya decisión de primera instancia fue adoptada por el viceprocurador general de la Nación, se formularon dos cargos disciplinarios, por los cuales fue sancionado

⁶ Folios 10308-10323, *ibidem*.

⁷ Folio 10324, *ibidem*.

el demandante. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio respecto de ambas imputaciones:

PLIEGO DE CARGOS DEL 30 DE MARZO DE 2006 ⁸	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2006 ⁹ CONFIRMADO EL 20 DE OCTUBRE DE 2006 ¹⁰
Cargo número 1	
«Al señor JORGE ELIECER MUSTAFÁ ERASO se le cuestionó [...] que, en su condición de Secretario de Educación y Cultura departamental, intervino en la etapa pre-contractual con ocasión de los convenios interadministrativos 093, 094 y 095, al parecer sin dar cumplimiento a la ley en lo que corresponde a la ausencia de requisitos previos a cumplir en los estudios de conveniencia y oportunidad, transgrediendo posiblemente lo establecido en el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, y Decreto 0376 del 28 de noviembre de 2003, de la Gobernación del departamento del Putumayo, en su título: DEL ESTUDIO DE CONVENIENCIA – ELEMENTOS QUE SOPORTAN EL ESTUDIO DE CONVENIENCIA.	Se confirmó el cargo formulado, tanto por la decisión de primera instancia como por la de segunda.
Falta imputada: Falta grave de acuerdo con los artículos 23 y 43 de la Ley 734 de 2002.	Faltas imputadas: ambas instancias confirmaron la falta que se imputó en el auto de cargos.
Cargo número 2	
«La segunda imputación consistió en que como Secretario de Educación y Cultura departamental, para la época de los hechos, intervino en la etapa pre-contractual de los contratos sin y/o con formalidades previas celebrados con la señora Florelvita Luna Córdoba números 349, 361, 362, y 363, sin cumplir los	Se confirmó el cargo formulado, tanto por la decisión de primera instancia como por la de segunda.

⁸ Folios 6522 – 6632 del expediente.

⁹ Folios 89 – 141 del expediente.

¹⁰ Folios 185 – 268 del expediente.

principios de planeación, economía y responsabilidad, con los cuales se debe desarrollar la actividad contractual consagrados en el artículo 25, numerales 4° y 12° de la Ley 80 de 1993 y artículo 26, numerales 2° y 3° ibidem. Así mismo, probablemente con violación al principio de selección objetiva, consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 855 de 1994, considerando que la única proponente invitada no reunía las calidades exigidas en los términos de referencia».	
Falta imputada: Falta gravísima de acuerdo con el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establece lo siguiente: Participar en la etapa precontractual [...] con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. [...]	Faltas imputadas: ambas instancias confirmaron la falta que se imputó en el auto de cargos.
Culpabilidad: La falta fue cometida a título de culpa gravísima.	Culpabilidad: La falta fue cometida a título de culpa gravísima.
Decisión sancionatoria: «SEXTO: DECLARAR disciplinariamente responsable de los cargos descritos en la parte motiva de esta providencia al señor JORGE ELIECER MUSTAFÁ ERASO [...], en calidad de Secretario de Educación y Cultura departamental, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo. En consecuencia, imponer como sanción principal la destitución del mencionado cargo e inhabilidad general, por el término de once (11) años».	

2. CUESTIONES PREVIAS

2.1Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias.

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena 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.

¹¹ C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.

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 alguna limitante que restrinja 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 que goza 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 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 la entidad demandada pretende desconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el proceso disciplinario.

2.2 Explicación preliminar para estructurar los problemas jurídicos: incidencia en cuanto a que el demandante fue encontrado responsable por dos faltas disciplinarias diferentes —una grave y otra gravísima—, en donde la sanción impuesta fue la destitución e inhabilidad general de once (11) años.

Como bien se expuso de forma precedente, el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso fue hallado responsable por dos faltas disciplinarias totalmente diferentes. La primera estuvo relacionada con la participación en la etapa precontractual en los convenios interadministrativos 093, 094 y 095 de 2004, comportamiento a partir del cual el órgano de control consideró que el demandante era el autor de una

falta grave a título de culpa gravísima. Por su parte, la segunda tuvo que ver con los contratos números 349, 361, 362, y 363, celebrados con la señora Florelvita Luna Córdoba. Frente a esta conducta, la Procuraduría determinó la responsabilidad disciplinaria por una falta gravísima a título de culpa gravísima.

En ese sentido, de acuerdo a la Ley 734 de 2002, existen cinco tipos de sanciones disciplinarias. Ellas son las siguientes¹²:

1. La destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años.
2. La suspensión e inhabilidad especial de uno (1) a doce (12) meses.
3. La suspensión de uno (1) a doce (12) meses.
4. La multa entre diez (10) a ciento ochenta (180) días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.
5. La amonestación escrita.

Conforme al principio de legalidad, que también rige en el derecho disciplinario, cada una de las sanciones que fueron enunciadas está fijada por el legislador de manera previa, de acuerdo a la falta disciplinaria cometida. Así, por ejemplo, si el sujeto es encontrado responsable por una falta gravísima cometida a título de culpa gravísima, el correctivo disciplinario será la destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años, mientras que si el comportamiento fue calificado como una falta grave a título de culpa, la sanción a imponer será la suspensión de uno (1) a doce (12) meses.

En consecuencia, surgen algunos interrogantes: ¿qué sucede si el sujeto es encontrado responsable por dos o más faltas disciplinarias cuyas sanciones resultan ser diferentes? ¿Es procedente la imposición de dos o más sanciones de forma simultánea?

Las respuestas se pueden dar de acuerdo a la regulación contenida en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002:

ARTÍCULO 47. CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

[...]

2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

¹² Artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

d) Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

[Negrillas fuera de texto]

La hipótesis atrás referida, esto es, que el sujeto sea declarado responsable tanto de una falta gravísima como de una falta grave, ambas cometidas con culpa gravísima, se resuelve con la aplicación del literal a) del numeral 2 del artículo 47 de la Ley 734 de 2002. En efecto, cuando la autoridad disciplinaria está en una situación semejante impondrá la destitución e inhabilidad general, incrementando hasta en otro tanto la sanción, sin que ella exceda el máximo legal. Es decir, la sanción de destitución e inhabilidad general seguirá oscilando entre los diez (10) y veinte (20) años, pues la norma no permite exceder el máximo legal permitido.

En el asunto aquí examinado, la Sala observa que la Procuraduría General de la Nación así procedió con el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso, pues al ser encontrado responsable tanto por la falta gravísima como por la falta grave impuso la sanción de destitución e inhabilidad general de once (11) años.

Ahora bien, en el entendido de que el concepto de la violación fue dirigido contra ambas faltas disciplinarias, se pregunta la Sala lo siguiente: ¿Si se determina que los actos demandados fueron ajustados a derecho por el cargo relacionado con la falta disciplinaria gravísima, tiene algún sentido o utilidad analizar la legalidad de los actos demandados frente a la conducta que fue calificada como falta disciplinaria grave?

La Sala responde negativamente, por cuanto la sola falta disciplinaria gravísima cometida con culpa gravísima origina que la sanción disciplinaria sea la destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años, correctivo que precisamente fue el que impuso la Procuraduría General de la Nación. Incluso el término de once (11) años en el que se fijó la inhabilidad general confirma que la sanción impuesta, desde el punto de vista de la simple dosificación, fue acorde a la legislación, si se tiene en cuenta que el reproche consistió en irregularidades ocurridas en cuatro contratos diferentes.

En ese orden de ideas, como la Sala debe resolver los cargos que fueron planteados por el demandante, en el presente asunto lo hará, de forma preliminar, respecto de la falta gravísima que le fue endilgada al demandante, en relación con

los contratos 349, 361, 362 y 363 de 2004, celebrados entre el departamento de Putumayo con la señora Florelvita Luna Córdoba.

Por ende, si la Subsección llega a determinar que las decisiones son ilegales por la falta gravísima referida, continuará el análisis respecto de la falta grave que también fue imputada. En caso contrario, se abstendrá de efectuar dicho análisis, pues en ese caso sería absolutamente innecesario.

3. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

Conforme a la explicación efectuada en forma precedente, los problemas jurídicos que debe resolver esta Sala frente a la falta disciplinaria gravísima que le fue endilgada al demandante son los siguientes:

- i. ¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con violación al debido proceso y al derecho la defensa, por haberse formulado el cargo de manera incorrecta o por negarse algunas pruebas testimoniales que fueron solicitadas dentro del proceso disciplinario?
- ii. ¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con falsa motivación? La respuesta a esta cuestión dependerá de la solución de los siguientes subproblemas:

- ¿Para la fecha en que se suscribieron los contratos sin formalidades plenas existía la obligación de elaborar los estudios previos?
- ¿Las autoridades disciplinarias interpretaron de forma indebida las explicaciones ofrecidas por el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso en su versión libre y espontánea?
- ¿La obligación de elaborar los

estudios previos
hace parte de una
etapa diferente a
la fase
precontractual,
con lo cual su
incumplimiento
quedaría excluido
de la falta
disciplinaria
establecida en el
numeral 31 del
artículo 48 de la
Ley 734 de 2002?

A partir de lo expuesto, se resolverán los problemas jurídicos planteados para tomar la decisión de confirmar la legalidad de los actos demandados o, en su defecto, para que la Sala estructure los respectivos problemas jurídicos en relación con la falta grave atribuida al demandante.

3.1. Primer problema jurídico

¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con violación al debido proceso y al derecho la defensa, por haberse formulado el cargo de manera incorrecta o por negarse algunas pruebas testimoniales que fueron solicitadas dentro del proceso disciplinario?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios no desconocieron el debido proceso y el derecho la defensa, porque (1) el cargo disciplinario se formuló de manera adecuada y (2) el demandante no explicó de forma suficiente cuáles fueron las pruebas testimoniales que dentro del proceso disciplinario fueron negadas.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- El debido proceso disciplinario, derechos del investigado y la transgresión sustancial para efectos de que se configure una causal de nulidad (3.1.1).

- Caso concreto (3.1.2).

3.1.1 El debido proceso disciplinario, derechos del investigado y la transgresión sustancial para efectos de que se configure una causal de nulidad.

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. Por ende, siendo el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas.

En ese sentido, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtirse, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. Por otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el *non bis in ídem*, y el derecho de contradicción y defensa.

Sobre la última garantía referida, para que los investigados puedan ejercer una defensa adecuada, las autoridades disciplinarias deberán formular un cargo con claridad y altísima precisión. Esta exigencia está contenida en los artículos 162 y 163 de la Ley 734 de 2002, normas que disponen lo siguiente:

Artículo 162. Procedencia de la decisión de cargos. El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Artículo 163. Contenido de la decisión de cargos. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

- 1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.**
- 2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.**
3. La identificación del autor o autores de la falta.
4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.
5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.

7. La forma de culpabilidad.
8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

[Negrillas fuera de texto]

Las expresiones resaltadas indican que la formulación de un cargo no puede ser genérica, ambigua o imprecisa, porque de llegar a confirmarse un reproche formulado en esas condiciones el vicio será todavía mayor. En efecto, si la decisión sancionatoria corrige los vacíos o yerros de la formulación el cargo de manera considerable, habrá violación al principio de congruencia¹³; pero si la decisión que resuelve el fondo del asunto corre la misma suerte, el vicio se convertirá en una falsa motivación¹⁴.

Por ello, la Sala considera que todo cargo disciplinario debe responder a lo que la teoría, en otras expresiones del derecho sancionador, ha definido como una «imputación válida»¹⁵, frente a la cual se deben observar como mínimo los siguientes requisitos:

- Imputación clara:

«[C]uando el imputado puede comprender cabalmente cuál es la acción que se le atribuye y el resultado que se le recrimina [...]; es necesario formularle una imputación suficientemente asertiva, exenta de ambigüedades que le impidan saber por qué razón se lo investiga [...]».¹⁶ En materia disciplinaria, la expresión *acción* significa conducta, para comprender tanto la acción como la omisión, mientras que el *resultado* será una cuestión excepcional, si se está en presencia de una falta que lo requiera¹⁷.

- Imputación precisa:

¹³ Sobre el principio de congruencia ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia del 22 de agosto de 2019. Radicación: 250002342000201402511301 (4785- 2015). Demandante: William Orozco Daza. Entidad demandada: Sena.

¹⁴ En cuanto a la causal de falsa motivación, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia del 26 de septiembre de 2019. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00337-00 (1285-2011). Demandante: María Del Rosario Peña Saavedra y otros. Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación y municipio de Santiago de Cali.

¹⁵ Seguí, Ernesto. Imputación, Congruencia y nulidad en el proceso penal. Nova Tesis. Editorial Jurídica. Argentina. 2010. p. 20.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ «¿todavía podemos atrevernos a decir que el **resultado** nunca será importante para el derecho disciplinario? Desde luego que no, pero siempre que así lo disponga el legislador, para lo cual **dicho resultado se convertirá en un elemento especial del respectivo tipo disciplinario**. Ahora bien, esta consideración —insisto— es excepcional, pues por regla general, para la infracción disciplinaria, únicamente se necesitará el desvalor de acción. De manera muy gráfica: **no es cierto que nunca importe el resultado**, pues en unas faltas disciplinarias así se exige, pero tampoco lo es que toda falta disciplinaria requiera de un resultado o de una consecuencia, pues el fundamento de lo ilícito siempre será —por regla general, subrayo— el desvalor de acción o de conducta». [Negrillas fuera de texto]. 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.197 y 209.

Se requiere la exactitud tanto de los aspectos objetivos como subjetivos¹⁸ de la falta disciplinaria, frente a lo cual es necesario puntualidad y rigurosidad. Puntualidad frente a los hechos, en tanto que la rigurosidad se refiere al rol que se le atribuye al imputado para conozca la conducta que se le recrimina¹⁹.

- Imputación circunstanciada y específica:

Relacionada con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Este es uno de los aspectos más visibles de la imputación disciplinaria (numerales 1 y 2, art. 163 del CDU), pues «resulta impensable una conducta atemporal, inespacial o amorfa»²⁰.

- Imputación integral:

Debe contener todos los elementos que caracterizan el hecho o la conducta, pues la imputación no se satisface con consideraciones parciales, ni con la simple atribución de un rol al sujeto²¹.

- Imputación propia:

«En el proceso solo se puede imputar a un sujeto los resultados de una acción cuando tuvo el dominio de esta, lo que lo hace responsable por vía causal de aquellos»²². En el proceso disciplinario, se exige que el servidor esté sometido al deber funcional y que este resulte infringido.

- Imputación de una conducta típica:

Es la correspondencia entre los elementos anteriores —que sumados equivalen a la imputación fáctica— con la denominada imputación jurídica, esta última que involucra los aspectos jurídicos más relevantes, como la clase de falta disciplinaria (gravísima, grave, o leve), la naturaleza del tipo (abierto o en blanco), si el comportamiento está relacionado con el cargo, función o servicio y si el precepto normativo contempla o no el resultado como requisito típico²³.

Por otra parte, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dispone que «quien sea sindicado tiene derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra». Sobre tal aspecto, en la actuación disciplinaria, el mandato superior ha sido consagrado en el artículo 92 de la Ley 734 de 2002 de la siguiente manera:

¹⁸ Seguí, Ernesto. Ob. cit. p. 23.

¹⁹ *Ibidem*, p. 23.

²⁰ Seguí, Ernesto. Ob. cit. p. 27.

²¹ «Con acierto puntualiza Vélez Mariconde que el requisito de que la imputación sea integral o completa significa la obligación de comunicar al imputado la totalidad de las circunstancias «jurídicamente relevantes» con el claro designio de que el imputado pueda oponer con eficacia sus medios defensivos a los del cargo». Alfredo Vélez Mariconde, citado por Seguí, Ernesto. Ob. cit. p. 31.

²² Seguí, Ernesto. Ob. cit. p. 44.

²³ Pinzón Navarrete, John Harvey. Ob. cit. p. pp. 197 a 209.

Artículo 92. Derechos del investigado. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1. Acceder a la investigación.
2. Designar defensor.
3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.
4. Solicitar o aportar **pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.**
5. Rendir descargos.
6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.
7. Obtener copias de la actuación.
8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

[Negrillas fuera de texto].

[...]

En ese sentido, una de las facultades de los sujetos procesales en relación con el derecho a la prueba es solicitar la práctica de testimonios, esto es, aquellas personas que les conste sobre los hechos ocurridos, pruebas que al igual que las otras deben pedirse conforme a los criterios de necesidad²⁴, conducencia²⁵, pertinencia y utilidad probatoria²⁶.

Por su parte, frente a la posibilidad que tienen los sujetos procesales de intervenir en la práctica de pruebas, esta garantía supone la obligación de la autoridad disciplinaria no solo de informar oportunamente la fecha, hora y lugar de realización de dichas diligencias, sino en brindar posibilidades para que los sujetos procesales puedan ejercer dicho derecho a plenitud.

Ahora bien, es pertinente aseverar que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues, para tales efectos, será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. Por ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que, cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, las omisiones o yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

²⁴ Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.

²⁵ Artículo 131. Libertad de pruebas. La falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

²⁶ Artículo 132. Petición y rechazo de pruebas. Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, **sino que éste se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa**, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña **mengua** del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente [...]²⁷

En efecto, este postulado es coherente con el llamado principio de trascendencia que consagra el artículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su parágrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación. Esta norma señala sobre el principio en cuestión que «[...] Quien alegue la nulidad **debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías** de los sujetos procesales, **o desconoce las bases fundamentales** de la instrucción y el juzgamiento [...]²⁸. [Negrillas fuera de texto].

De la misma manera, la referida normatividad (artículo 310, numeral 3, de la Ley 600 de 2009), aplicable al proceso disciplinario, dispone que «No puede invocar la nulidad el sujeto procesal **que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular**, salvo que se trate de la falta de defensa técnica». [Negrillas fuera de texto]. Esta regla se traduce en aquella máxima que dispone que «nadie puede alegar su propia culpa».

3.1.2 Caso concreto.

El apoderado del demandante aseveró que el cargo fue abstracto, antitécnico, ambiguo y falto de claridad. En resumen, supuestamente no se permitió estimar el tipo o clase de contrato no hubo precisión en cuanto a las cuantías de la contratación que regían en el departamento de Putumayo, entidad en donde se suscribieron los contratos.

²⁷ Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000, Corte Constitucional. En este sentido también puede leerse el auto 029A del 16 de abril de 2002, en el que dicha Corporación sostuvo que: «[...] ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado. Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio [...].»

²⁸ Ley 610 de 2000, artículo 310, numeral 2.

En consecuencia, la Sala estima necesario efectuar una comparación entre las condiciones que debe tener una imputación válida con aquellos aspectos que hicieron parte del cargo disciplinario formulado:

Condiciones de una imputación válida	Aspectos referidos y explicados en el pliego de cargos
Imputación clara	“Contratos sin y/o con formalidades previas celebrados con la señora Florelvita Luna Córdoba, ya que previamente a la celebración de los contratos no se hicieron los estudios requeridos para determinar las cantidades de obras reales para la ejecución de las mismas.»
Imputación precisa	La invitación a participar a la señora Florelvita Luna Córdoba se realizó el 21 de diciembre de 2004, para que la oferta fuera presentada el mismo día entre las 2.00 a 6.00 de la tarde.
Imputación circunstanciada y específica	Está circunscrita a la etapa anterior a la celebración de contratos 349, 361, 363 y 363 de 2004. Los contratos fueron modificados porque se requería aumentar cantidades de obra, reducir otras, eliminar algunas adicionar otras. Esto fue debido a la ausencia de los estudios requeridos.
Imputación integral	Ausencia de estudios en cuatro contratos: 349, 361, 363 y 363 de 2004.
Imputación propia	Como secretario de Educación y Cultura Departamental, para la época de los hechos. El señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso fue el que cursó la única invitación que registra el proceso contractual y esta se hizo a la señora Florelvita Luna Córdoba, persona que no tenía la experiencia, capacidad e idoneidad. Era un ama de casa y la contratación obedeció a la orden del gobernador, por ser oriunda del municipio en donde se ejecutarían las obras.
Imputación de una conducta típica	Falta gravísima de acuerdo con el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el desconocimiento del artículo 25, numerales 4° y 12° de la Ley 80 de 1993 y del artículo 26, numerales 2° y 3°, <i>ibidem</i> . Así mismo, la inobservancia del 29 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 855 de 1994.

Efectuado el anterior ejercicio comparativo, la Sala no observa la supuesta vaguedad o falta de claridad del cargo formulado. En efecto, la imputación está tan delimitada y clara que el aspecto central se circunscribió a que el demandante, estando en la obligación de hacerlo, no realizó los estudios previos a los contratos 349, 361, 363 y 363 de 2004, celebrados entre el departamento de Putumayo y la señora Florelvita Luna Córdoba. Así mismo, en el cargo se hizo énfasis a que los contratos obedecieron a una orden del gobernador del departamento por cuanto la particular era conocida suya y oriunda del municipio en donde se ejecutarían las obras, aspecto que contradecía lo preceptuado en el entonces artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

A partir de las anteriores precisiones, el órgano de control consideró que ese comportamiento se adecuaba a una falta disciplinaria gravísima, de acuerdo con las normas del estatuto contractual y aquellas reglamentarias que regían la materia, las que hicieron parte del concepto de violación.

Por tanto, un tema diferente es si en ese tipo de contratos existía o no la obligación de efectuar dichos estudios y si la cuantía de la contratación para la época en que fueron suscritos incidía o no para efectos de que aquellos se elaboraran. No obstante, ello no es un asunto de falta de claridad o de vaguedad, sino de analizar probatoria y jurídicamente si el demandante estaba o no en la obligación de proceder de tal manera, aspecto que será abordado a partir de otros problemas jurídicos diferentes.

Por otra parte, el apoderado del demandante no cumplió con la obligación, apenas mínima, de expresar cuáles fueron las pruebas testimoniales que no se practicaron, con el fin de determinar si hubo un vicio suficiente capaz de afectar de manera considerable el derecho a la defensa. Esta Sala se permite recordar que «ante la no expresión de argumentos o petición o aporte de pruebas respecto de los vicios de nulidad enunciados en la demanda, se entenderá no satisfecha la carga de la demostración de su ilegalidad y, por lo tanto, la acusación no podrá prosperar»²⁹.

Conclusión: No hubo violación al debido proceso y al derecho la defensa, por cuanto el cargo disciplinario se formuló de manera correcta y porque no se demostró alguna irregularidad que estuviera relacionada con la negación injustificada y significativa de alguna prueba solicitada dentro del proceso disciplinario.

3.2 Segundo problema jurídico

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia del 25 de julio de 2019. Radicación: 110010325000201200423 00 (1635-2012). Demandante: Juan Armando Peña Álvarez. Entidad demandada: Nación, Defensoría del Pueblo.

¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con falsa motivación? La respuesta a esta cuestión dependerá de que Sala, de forma preliminar, se refiera brevemente a la causal de falsa motivación. De forma posterior, deberá solucionar tres subproblemas específicos relacionados con la falta disciplinaria que fue endilgada, para concluir si las decisiones están afectadas del vicio expuesto por la demandante.

3.2.1 La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó³⁰:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la categoría de la tipicidad, pues es en este elemento de la estructura de la responsabilidad en donde converge la imputación fáctica con la imputación jurídica, cuestión que permitirá no solo saber si la falta es gravísima, grave o leve³¹, sino determinar con toda claridad si la conducta se adecuó o no al respectivo tipo disciplinario. En síntesis, la falsa motivación en materia disciplinaria se puede dar, entre otros eventos, por una defectuosa imputación típica, lo que implicaría desconocer, al mismo tiempo, el principio de legalidad.

Hechas estas precisiones, le corresponde a la Sala resolver cuatro subproblemas para saber si los actos acusados se adecuaron de forma correcta a la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

³⁰ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

³¹ Artículo 42 de la Ley 734 de 2002.

3.2.2. Primer subproblema.

¿Para la fecha en que se suscribieron los contratos sin formalidades plenas existía la obligación de elaborar los estudios previos?

La Sala sostendrá la siguiente tesis:

En el mes de diciembre de 2004, época en la cual se efectuaron los trámites de los contratos 349, 361, 362 y 363, suscritos entre el departamento de Putumayo y la señora Florelvita Luna Córdoba, y que fueron celebrados el día 31 del mismo mes y año, existía la obligación de elaborar los estudios previos a la contratación.

Para desarrollar este subproblema, se hará una exposición de los siguientes temas:

- Concepto de contratos sin formalidades plenas y la legislación aplicable para el mes de diciembre del año 2004 (3.2.2.1).
- Caso concreto (3.2.2.2).

3.2.2.1 Concepto de contratos sin formalidades plenas y la legislación aplicable para el mes de diciembre del año 2004.

En el mes de diciembre del año 2004, estaba vigente el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera:

ARTICULO 39. DE LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL. Los contratos que celebren las entidades estatales **constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública**, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes **deban cumplir con dicha formalidad**. Las entidades estatales establecerán las medidas que demanden la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

PARAGRAFO. **No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas** cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se

aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales. Para las entidades que tengan un presupuesto anual igual o superior a 6.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 2.500 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 4.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 6.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 1.000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 2.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 4.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 2.000.000 de salarios mínimos legales mensuales cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales; **las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 40 salarios mínimos legales mensuales;**³² las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 30 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 20 salarios mínimos legales mensuales y las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 15 salarios mínimos legales mensuales. En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.

[Negritas fuera de texto].

Los primeros segmentos normativos resaltados clasificaban al contrato estatal por su forma: por un lado, en contratos con formalidades plenas, y, por el otro, en contratos sin formalidades plenas.

En cuanto a la diferencia entre uno y otro concepto, la Corte Constitucional, en sentencia que analizó la constitucionalidad de la anterior norma, dijo lo siguiente³³:

Nada impide que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración haya decidido que en eventos como los regulados en el parágrafo impugnado **sea improcedente celebrar contrato con las formalidades plenas**, toda vez que se trata de una medida razonable que pretende imprimirle celeridad, eficacia y economía a la gestión contractual de la administración pública, objetivos éstos que son

³² Este segundo resaltado identifica el precepto normativo que fue aplicado para la suscripción de los contratos 349, 361, 362 y 363 de 2004, celebrados entre el departamento de Putumayo con la señora Florelvita Luna Córdoba.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C- 949 de 2001.

consecuentes con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley Fundamental.

En efecto, **el señalamiento de los contratos en los que no hay lugar a cumplir plenamente con las formalidades legales no debe ser interpretado como una informalidad excesiva**, sino como una manera de hacer eficiente la actividad de la administración y, por ende, la prestación de los servicios públicos a su cargo, objetivo que se puede lograr ahorrando tiempo y dinero en la celebración de los contratos como sucede en las hipótesis reguladas en el precepto en cuestión, donde el legislador adoptó para estos efectos el criterio del presupuesto anual de la entidad y el valor de los contratos expresado en salarios mínimos legales mensuales.

Para comprender a cabalidad el significado de la medida censurada valga esta digresión: **una cosa es las formalidades del contrato y otra muy distinta su forma [...]. Las formalidades son los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (p.ej. pliego de condiciones), concomitantes (la adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al acuerdo de voluntades entre el Estado y el contratista. Precisamente la forma es uno de esos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual.**

Ahora bien, si se repara en el contenido normativo de la norma que se acusa **se observará con claridad meridiana que en ella no se obliga a prescindir de todas las formalidades**. Simplemente se considera que en los eventos allí referidos **bastará que las obras, trabajos, bienes y servicios materia del contrato sean ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto**.

[Negrillas fuera de texto].

De las anteriores consideraciones, se colige que el legislador optó por simplificar algunos contratos estatales en cuanto a la «forma» en que debían ser celebrados, con el fin de imprimirle celeridad, eficacia y economía a la gestión contractual. No obstante, ello jamás implicó prescindir de las «formalidades» que requiere todo contrato estatal, pues sin perjuicio de la cuantía, por inferior que ella fuera, cualquier contrato estatal siempre ha sido considerado como una herramienta para satisfacer las necesidades más imperiosas y recurrentes.

El Consejo de Estado así lo ha corroborado al explicar sobre la regulación de los entonces contratos sin formalidades plenas lo siguiente³⁴:

El contrato sin formalidades plenas tiene fundamento en los principios de celeridad, eficacia y economía que rigen la función

³⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 26 de septiembre de 2012. Exp. 11001-03-25-000-2010-00029-00(0271-10), Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

administrativa y la actividad contractual del Estado, **permitiendo escoger al contratista de manera rápida y eficaz**, mediante un procedimiento sucinto, **con un mínimo de exigencias formales y teniendo en consideración únicamente los precios del mercado**, todo lo cual tiene por objeto **satisfacer la prestación de servicios, la ejecución de trabajos y obras** y la adquisición de bienes hasta por las cuantías previstas en el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, pues la finalidad de esta modalidad de contratación **es ser una de las herramientas necesarias para que las entidades estatales suplan las necesidades** más recurrentes que se generan día tras día. Así, los contratos sin formalidades plenas **no revisten la exigencia *ad solemnitatem*** prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y ello implica **que se perfeccionan con el acuerdo de voluntades** de los intervinientes en el *iter contractus*, sin que se requiera que el acuerdo conste en un escrito, **que satisfaga los requisitos de que trata el precitado artículo 25 del Decreto 679 de 1994**, contrario a lo que sucede en los contratos estatales con formalidades plenas; **no obstante, se trata de verdaderos contratos estatales, a los cuales les son aplicables las normas contenidas en la Ley 80 de 1993** y, por expresa disposición del artículo 13 ibídem, las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

[Negritas y subrayado fuera de texto].

Obsérvese cómo el contrato sin formalidades plenas, pese a que su escogencia es más rápida y eficaz, no se sustraía al cumplimiento en unas exigencias mínimas formales, teniendo en consideración, por ejemplo, los precios del mercado. Si bien se decía que dicho tipo de contratos no revestía la exigencia *ad solemnitatem* y que se perfeccionaban con el simple acuerdo de voluntades, también lo es que se expresaba la salvedad de que en todo caso aquellos eran verdaderos contratos estatales, a los cuales le eran aplicables las normas contenidas en la Ley 80 de 1993.

Incluso, el artículo 25 del Decreto 679 de 1994, primera norma reglamentaria del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, expedida al año siguiente en el que entró a regir el estatuto contractual, preceptuaba lo siguiente:

Artículo 25°.- *De los contratos con formalidades plenas.* De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, **se entiende por formalidades plenas la elaboración de un documento escrito**, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el párrafo 3° del artículo 41 de la Ley 80.

De acuerdo con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 **se prescindirá de las formalidades plenas** cuando el valor del contrato sea igual o inferior a las cuantías que se señalan en dicha disposición, caso en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, **deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad**, o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación de acuerdo con la ley.

Las órdenes a que se refiere dicho artículo **deberán precisar cuando menos el objeto del contrato y la contraprestación**, así como los demás elementos necesarios para proceder el registro presupuestal del acto, cuando a ello haya lugar, y podrán contener las demás estipulaciones que las entidades estatales consideren necesarias de acuerdo con la ley. Adicionalmente el contratista deberá manifestar que no se encuentra en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la ley. Para efectos del pago de las obligaciones derivadas de contratos sin formalidades plenas no será necesario la expedición de una resolución de reconocimiento y pago. [Negrillas fuera de texto].

Las anteriores normas hacían énfasis en la celebración del contrato, es decir, a lo que la ley y la jurisprudencia consideraban como «forma», pero ciertamente la simplificación de los trámites no llevaba al extremo de prescindir o eliminar la necesidad de la elaboración de los estudios previos.

Por el contrario, las normas de la Ley 80 de 1993, vigentes para el mes de diciembre de 2004, disponían lo siguiente:

ARTICULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMIA. En virtud de este principio:

[...]

12. **Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato**, según el caso, **deberán elaborarse los estudios**, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

ARTICULO 29. DEL DEBER DE SELECCION OBJETIVA. La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, **sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.**

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, **contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato**, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, **la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios** y deducciones de la

entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

[...]

[Negrillas fuera de texto].

A nivel reglamentario, la norma que estaba vigente para el año 2004, era el Decreto 2170 de 2002, la cual, sobre los estudios previos, señalaba lo siguiente:

Artículo 8. De los estudios previos. En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

Los estudios previos eran un aspecto diferente al contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia, ya que en un artículo distinto se disponía lo siguiente:

Artículo 10. Contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia. Los pliegos de condiciones o términos de referencia que sirven de base para el desarrollo de los procesos de selección de contratación directa, deberán incluir como mínimo la siguiente información:

1. Objeto del contrato.
2. Características técnicas de los bienes, obras o servicios requeridos por la entidad.
3. Presupuesto oficial.
4. Factores de escogencia de la oferta y la ponderación matemática precisa, concreta y detallada de los mismos.
5. Criterios de desempate.
6. Requisitos o documentos necesarios para la comparación de las ofertas, referidos a la futura contratación.
7. Fecha y hora límite de presentación de las ofertas.
8. Término para la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato.
9. Plazo y forma de pago del contrato.

En los contratos de menor cuantía y de mínima cuantía³⁵, los requisitos de los pliegos de condiciones o términos de referencia (más no los relacionados con los estudios previos) eran flexibilizados. Al respecto, la menor exigencia para estas dos modalidades estaba regulada en el artículo 11 del referido decreto reglamentario:

Artículo 11. Menor Cuantía. Para la celebración de los contratos a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. Los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia y los definitivos se publicarán en la forma prevista en los artículos 1o y 2o del presente decreto.
2. La convocatoria será pública.
3. En la fecha señalada en los pliegos de condiciones o términos de referencia, los oferentes interesados en participar en el proceso de selección manifestarán su interés haciendo uso del medio que para el efecto indique la entidad, con el fin de que se conforme una lista de posibles oferentes.

Cuando el número de posibles oferentes sea superior a diez (10), la entidad en audiencia pública podrá realizar un sorteo para escoger entre ellos un número no inferior a éste, que podrá presentar oferta en el proceso de selección.

De todo lo anterior la entidad deberá dejar constancia escrita en acta que será publicada en su página web. En aquellos casos en que la entidad no cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad, el acta será comunicada a todas y cada una de las personas que participaron de la respectiva audiencia.

Cuando el número de posibles oferentes sea inferior a diez (10), la entidad deberá adelantar el proceso de selección con todos ellos.

4. Las entidades podrán hacer uso del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación, de acuerdo con las reglas señaladas en el artículo 12 del presente decreto. [Ver el Decreto Nacional 959 de 2006](#)

5. En los casos en que la entidad no acuda al mecanismo previsto en el numeral anterior, la adjudicación se hará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta que mejor satisfaga las necesidades de la entidad, de conformidad con los requisitos exigidos y los factores de escogencia señalados en los pliegos de condiciones o términos de referencia, siempre que la misma sea consistente con los precios del mercado.

La entidad deberá comunicar esta decisión a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección.

Parágrafo. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las entidades podrán celebrarlo tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

³⁵ La mínima cuantía, que correspondía al 10% o menos de la menor cuantía, en muchos casos, dependiendo del valor del contrato, correspondía con aquellos contratos denominados «sin formalidades plenas».

[Negrillas fuera de texto].

De las anteriores consideraciones, la Sala concluye que el querer del legislador sí fue efectuar un procedimiento más ágil y rápido para aquellas contrataciones denominadas como «sin formalidades plenas», muchas de ellas equivalentes a la contratación de mínima cuantía, pero sin que ello comporte eliminar la exigencia de la elaboración de los estudios previos, pues en estos tipos de documentos es donde habitualmente se analiza y expresa la forma de satisfacer de manera adecuada la necesidad de la entidad.

En efecto, si el legislador hubiese querido flexibilizar o hasta eliminar el requisito de estudios previos para los entonces contratos denominados sin formalidades plenas, así debió haberlo dicho. Incluso, en gracia a la discusión, el Decreto 2170 de 2002 habría hecho una salvedad en el artículo 8, norma que se refería a los estudios previos, tal y como lo hizo con aquella relacionada con el contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia.

Sin embargo, históricamente, la regulación legal y reglamentaria en materia de contratación estatal es que todo contrato, sin excepción alguna, debe estar soportado en un estudio previo, independientemente que, al instante de darse la apertura del respectivo proceso de selección o al momento de perfeccionar el acuerdo de voluntades, los requisitos, exigencias y formalidades se flexibilicen. Es posible entonces que ciertos contratos al momento de su celebración estén exentos de los requisitos y solemnidades habituales, pero ello no ha significado que se elimine la necesidad de elaborar un estudio previo, obligación que en sentir de la Sala estaba vigente para el mes de diciembre de 2004, en virtud de lo preceptuado en la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias.

3.2.2.3 Caso concreto.

Una buena parte de los argumentos presentados por el apoderado del demandante estuvieron dirigidos a argumentar lo siguiente: como los contratos 349, 361, 362 y 363 de 2004, suscritos entre el departamento de Putumayo y la señora Florelvita Luna Córdoba, eran de aquellos que se denominaban sin formalidades plenas, no había necesidad de elaborar estudios previos.

Al respecto, la Sala disiente de esa apreciación, por cuanto la ausencia de formalidades se predicaba en el trámite de escogencia del contratista y la forma en que se debían celebrar los acuerdos de voluntades, más no en la autorización para pretermittir la elaboración de los estudios previos.

De hecho, la anterior apreciación puede verse corroborada en la sentencia 3 de octubre de 2012 (C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación 230012331000199808976-01, número interno 26.140) pronunciamiento frente al

cual el demandante pidió que se aplicara en el presente caso, aunque sin explicar las razones de ello:

Lo anterior significa que el Gobernador del Departamento de Córdoba “revocó”, a través del acto administrativo cuestionado en la demanda, un contrato estatal, a pesar de que carecía de competencia para ello, pues no existe norma dentro del ordenamiento jurídico que le otorgue la facultad o el poder a la administración pública de revocar directamente los contratos estatales, porque éstos, a términos de los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 1495 del Código Civil, surgen por el concurso de voluntades de las partes con el objeto de dar, hacer o no hacer una cosa **y dentro de esta categoría están comprendidos los contratos sin formalidades plenas**, que constituyen o constituían una verdadera fuente de obligaciones.

Conviene precisar que en los contratos sin formalidades plenas y, particularmente, en las llamadas órdenes de trabajo, obra, suministro o servicios, **puede ocurrir, incluso, que el contratista no suscriba el documento contentivo de la misma**, como adelante se verá; sin embargo, esa circunstancia no significa que no se dé el concurso de voluntades entre las partes. En estos casos, la voluntad del contratista se presenta de manera expresa o tácita a través de la ejecución del objeto de las obligaciones a su cargo, en tanto el de la administración pública se da de manera expresa, mediante la orden escrita impartida por el jefe de la entidad o su delegado, tal como lo prevé el inciso segundo del artículo 25 del Decreto 679 de 1994 (derogado por el Decreto 00734 de 2012).

En efecto, por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, pues así lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que es esta la forma que deben adoptar tales actos jurídicos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (*requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus*). **Esta exigencia es una de las llamadas formalidades plenas de los contratos del Estado.**

Por excepción, el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) **contempla la posibilidad de celebrar contratos sin formalidades plenas**, cuando su valor se halle dentro de los rangos previstos por la norma, rangos que están concebidos en función de los presupuestos anuales de las entidades respectivas.

Al respecto, el primer interrogante que surge es el concerniente al concepto de formalidades plenas, pues la Ley 80 de 1993 no contiene una noción al respecto; no obstante, el artículo 25 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, **señala que debe entenderse por formalidades plenas “la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyan las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el párrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993”**; ahora, por oposición, podría pensarse en que en la contratación desprovista de

formalidades plenas se prescinde de los anteriores requisitos, pero ello no es así.

[...]

[Negrillas fuera de texto]

En la anterior decisión no se señaló alguna supuesta excepción respecto al deber de elaborar los estudios previos, por el hecho de que los contratos se consideraran sin formalidades plenas. Por el contrario, el objeto de la decisión se circunscribió a la forma en que se perfeccionaba el contrato, para lo cual no era necesario un documento escrito que tuviera la firma de las partes. Así mismo, el caso se concentró en otros aspectos relacionados con la falta de competencia de la administración para revocar un contrato estatal y a la naturaleza de las órdenes de prestación de servicios, pero no a un tema relacionado con la obligación de elaborar los estudios previos. Por tanto, ni en esta jurisprudencia ni en norma alguna se autorizaba la exención de este requisito previo a la contratación.

La Sala observa que la menor rigurosidad que caracterizaban los contratos sin formalidades plenas sí fue tomada en cuenta, pues el demandante cursó una invitación el 21 de diciembre de 2004 a la señora Florelvita Luna Córdoba y al cabo de diez (10) días los cuatro contratos, que fueron referidos en el cargo disciplinario, ya estaban celebrados con esta persona. No obstante, el reproche consistió principalmente en la total ausencia de estudios previos, situación suficientemente acreditada, no solo en las pruebas obrantes en el proceso, sino en las mismas explicaciones de los sujetos procesales en la referida actuación disciplinaria, al justificar que el registro previo en el Banco de proyectos de las obras que finalmente fueron contratadas suplía los requisitos que normalmente exigen este tipo de estudios.

El órgano de control efectuó el reproche disciplinario por la falta de los estudios previos requeridos para la contratación, omisión que en este caso llevó a que se contratara a una persona que no tenía experiencia e idoneidad, pues resultó ser una ama de casa, quien fue favorecida con los contratos por el gobernador del departamento por el simple hecho de ser conocida suya y porque las obras se llevarían a cabo en el lugar de donde era oriunda.

Los anteriores aspectos circunstanciales hicieron parte de un fuerte debate en el proceso disciplinario, en el que la tesis de los sujetos procesales era que sí se había permitido la participación de varias personas y que con ello se había cumplido la normatividad aplicable. Por su parte, las decisiones sancionatorias no acogieron dichos planteamientos y a medida en que el proceso disciplinario avanzó se fueron consolidando las pruebas de que efectivamente la persona escogida como contratista no tenía la más mínima experiencia.

Efectivamente, la misma señora Florelvita Luna Córdoba reconoció en declaraciones que en tres de los cuatro contratos únicamente había prestado su nombre, firma y documentos para que terceras personas ejecutaran las obras

contratadas. Este asunto, muy delicado por cierto, complementó el cargo disciplinario formulado, con lo cual se corroboró la ausencia de los estudios previos, obligación que estaba en cabeza del demandante en su condición de secretario de Educación y Cultura del departamento de Putumayo, tal y como fue delegado por el gobernador del departamento³⁶. El señor apoderado, en varios apartados del escrito introductorio, hizo referencia a que el proceder irregular de la señora Florelvita Luna Córdoba no podía ser atribuible al demandante, aspecto que en principio es cierto, pero que ello no se excluye con la obligación de elaborar los estudios previos y de participar en un trámite que sea objetivo, alejado de motivaciones personales y subjetivas.

Así las cosas, el apoderado no pudo demostrar cuál era el fundamento jurídico que supuestamente autorizaba al demandante a no elaborar los estudios previos en cuatro contratos diferentes que resultaron firmados por una sola persona sin experiencia e idoneidad. En últimas, la única explicación ofrecida fue que los contratos eran «sin formalidades plenas», afirmación que, a juicio de la Sala, es cierta. No obstante, esta condición incidía únicamente en la forma en que debía suscribirse el contrato estatal, más no en la omisión de elaborar los respectivos estudios.

En ese sentido, si la tesis del demandante fuera acertada, se entendería que en la época referida la contratación sin formalidades plenas se autorizaba a la administración, en cualquiera de sus órdenes, a adjudicar toda suerte de contratos, sin que ellos estuvieran soportados en un adecuado análisis que definiera la necesidad y la forma de solventarla, y sin importar las consecuencias de una celebración en dichas condiciones.

Un estudio previo, antes de la firma de un contrato, «es importante porque permite i) identificar la real necesidad de la administración; ii) establecer todas las características que individualicen el bien o bienes requeridos; y iii) asignarle una partida presupuestal dentro del presupuesto de la entidad»³⁷. En consecuencia, el concepto de «contrato sin formalidades plenas» no autorizaba para que se inaplicara la elemental regla de la contratación estatal en cuanto a que la escogencia obedece «al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva», conforme lo disponía el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En el presente caso, la Procuraduría General de la Nación demostró cómo la ausencia de los estudios previos generó que los contratos fueran sustancialmente

³⁶ Conforme a la Resolución 1967 del 8 de noviembre de 2004. Si bien sobre esta Resolución se discutió si había sido o no correctamente notificada, ello lo fue para el caso de la falta grave, en virtud de los convenios, no así respecto de los contratos firmados con la señora Florelvita Luna, tramitados y firmados en diciembre de 2004.

³⁷ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009. Radicado 85001233100-0199600307 01 (16.106), citada por Yong Serrano, Samuel. El Contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación. Editorial Ibáñez. 2012. p. 76 y 77.

modificados, lo que implicó aumento de cantidades de obras, adiciones y eliminaciones de muchas de ellas, todo ello a causa de la falta de la rigurosidad y la planeación que brinda un apropiado estudio. Desde el comienzo no hubo claridad en la necesidad ni mucho menos en la forma de resolverla, lo cual condujo a que después de celebrados los contratos se siguieran presentando toda suerte de irregularidades. Este aspecto que aquí advierte la Sala fue el que hizo parte de la imputación fáctica y jurídica, el cual se vio reflejado en los aspectos esenciales que determinaron la responsabilidad disciplinaria del demandante. Por ello, es cierto que la decisión de segunda instancia cometió el error al decir que los contratos eran interadministrativos, pero dicho yerro fue formal y sin ninguna relevancia frente al cargo formulado y en las razones de que determinaron la responsabilidad.

Por lo anterior, los argumentos presentados por el demandante no tienen vocación de prosperidad.

Conclusión: el demandante, en el mes de diciembre de 2004, previo a la suscripción de los contratos 349, 361, 362 y 363, sí tenía la obligación de elaborar los respectivos estudios previos.

3.2.3 Segundo subproblema.

¿Las autoridades disciplinarias interpretaron de forma indebida las explicaciones ofrecidas por el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso en su versión libre y espontánea?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Las explicaciones ofrecidas por el demandante en la versión libre y espontánea fueron interpretadas de manera correcta frente a las pruebas obrantes en el proceso disciplinario.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La versión libre como mecanismo de defensa y la forma de analizarla en la actuación disciplinaria.
(3.2.3.1).
- Caso concreto
(3.2.3.2).

3.2.3.1 La versión libre como mecanismo de defensa y la forma de analizarla en la actuación disciplinaria.

El numeral 3 del artículo 92 de la Ley 734 de 2002 cataloga la versión libre como el derecho que le asiste al disciplinado a ser escuchado en cualquier etapa de la actuación y hasta antes de adoptarse la decisión de primera instancia. Su finalidad consiste en que el implicado relate su visión de los acontecimientos por los cuales se le investiga, o bien que admita su responsabilidad a través de la confesión.

En ese sentido, la versión libre, a menos de que contenga una confesión, no es un medio de prueba. Al respecto, esta Subsección ha explicado lo siguiente³⁸:

Por tal razón, la versión libre no es un medio probatorio y, en contraste, es un instrumento de defensa del servidor público a través del cual puede ejercer la contradicción frente a la actuación disciplinaria adelantada en su contra. **Al no ser considerada una prueba, la versión libre no puede ser objeto de valoración, en la medida que difiere del testimonio** ya que para su celebración no se exige juramento. En ese sentido, si la autoridad disciplinaria considera necesaria la declaración de determinada persona debe ordenar la práctica de esta última³⁹. [Negrillas fuer de texto].

De esa manera, la afirmación de que la versión libre no puede valorarse debe ser entendida en que ello no es procedente como prueba, pero sí como medio de defensa. Por tanto, todas las alegaciones ofrecidas tendrán que ser estudiadas por la autoridad disciplinaria, con el fin de efectuar un análisis integral y en conjunto con el acervo probatorio. Este imperativo se encuentra de manera implícita en algunas normas, como, por ejemplo, en el numeral 8 del artículo 163 de la Ley 734 de 2002⁴⁰ o en el artículo 170 de la misma legislación⁴¹.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 6 de junio de 2019. Referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00230-00 (0884-2012). Demandante: Jimmy Alexander Patiño Reyes. Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol).

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 15 de abril de 2015. Actor: Ricardo Vera García y otros. Demandado: Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. En el mismo sentido ver Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Actor: María del Mar Escocia Ordoñez y Otros. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

⁴⁰ «Artículo 163. Contenido de la decisión de cargos. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

[...]

8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales». Es claro, entonces, que una de las formas de presentar los argumentos por parte del investigado como sujeto procesal es a través de la versión libre y espontánea.

⁴¹ «Artículo 170. Contenido del fallo. El fallo debe ser motivado y contener:

[...]

4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las **alegaciones que hubieren sido presentadas**.

[...]» [Negrillas fuera de texto].

La expresión «alegaciones que hubieren sido presentadas» debe armonizarse conforme a lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, en virtud del cual el disciplinado podrá «ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.». Por ende, si esta facultad se ejerce antes de la decisión de primera instancia, es evidente que las «alegaciones» presentadas en esa versión deben ser analizadas y confrontadas conforme al acervo probatorio recaudado en el expediente.

Es por lo anterior que el carácter de derecho que le asiste a la figura en comento implica que su ejercicio sea facultativo, atendiendo a los intereses o estrategia de defensa que decida emplear el disciplinado como titular de aquel. Al no ser obligatorio rendir la versión libre, quien decida hacerlo goza de la garantía de que esta sea recepcionada libre de apremios de juramento u otra coacción, pues es claro que se debe proteger el derecho de no autoincriminación. No obstante, ejercido este derecho, es apenas lógico y necesario que las afirmaciones allí ofrecidas se confronten y analicen con las pruebas que obren en el proceso.

Por su parte, algunas de las restricciones más trascendentales de cara a la valoración de este mecanismo de defensa es que jamás se podrá equiparar esta figura a la de un testimonio⁴², que el juicio de responsabilidad pueda prescindir del análisis de las diligencias que sí tienen el carácter de prueba⁴³ y que se acepte como versión una narración que materialmente no haya cumplido su esencialidad: la libertad y espontaneidad en lo que haya sido relatado⁴⁴.

3.2.3.2 Caso concreto.

En el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, al señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso se le escuchó en versión libre y espontánea el día 26 de enero de 2016⁴⁵. Esta diligencia tuvo lugar en la ciudad de Mocoa, departamento del Putumayo, y fue recibida por el procurador regional de aquel lugar. Posteriormente, el mismo disciplinado, mediante escrito radicado el 1.º de marzo de 2006⁴⁶, solicitó ser escuchado en ampliación de versión libre y espontánea, para lo cual requirió que fuera llevada a cabo el día 8 de marzo de 2006, en la ciudad de Bogotá. Justamente, para la fecha indicada, los funcionarios comisionados en la capital de la República adelantaron dicha diligencia⁴⁷.

Efectuadas las anteriores precisiones, la Sala procede a analizar la valoración que se hizo en el acto administrativo sancionatorio de primera instancia⁴⁸:

Por su parte, el doctor Mustafá Erazo expresa que se extendió invitación directa a la señora Florelvita Luna Córdoba el día 21 de diciembre de 2004, previa oferta pública y análisis de requisitos a los

⁴² De conformidad con lo establecido en los artículos 269 y 276 de la Ley 600 de 2000, aplicables al proceso disciplinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 50 de la Ley 1474 de 2011, los requisitos esenciales en el testimonio son el juramento, la advertencia sobre la importancia moral y legal que el acto acarrea, las consecuencias de su incumplimiento y las advertencias sobre la garantía constitucional de no autoincriminación.

⁴³ «Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado».

⁴⁴ No obstante, ello no es óbice para que sobre lo relatado por el investigado los funcionarios encargados de recibir dicha diligencia indaguen por aspectos dudosos que deban ser precisados. Al respecto, ver Brito Ruiz, Fernando. Régimen Disciplinario. Editorial LEGIS S. A. Cuarta edición. Bogotá. 2013. Pp. 351 a 355.

⁴⁵ Folios 3619 – 3634 del expediente.

⁴⁶ Folio 3701 del expediente.

⁴⁷ Folios 3734 – 3750 del expediente.

⁴⁸ Folio 133 (anverso y reverso) del expediente.

interesados, en el que se descartaron aquellos que carecía de alguna exigencia tales como certificado de antecedentes, pasado judicial o certificado de la Cámara de Comercio.

La contratista en declaración juramentada rendida ante la Procuraduría Regional del Putumayo para el 17 de mayo de 2006 dijo: *“...El día que me enteré que en nuestro municipio habían muchas obras a desarrollar fue cuando el señor gobernador y su equipo de gobierno vinieron hasta Orito e informaron a toda la población que asistió al Concejo Comunal, realizado en el mes de octubre de 2004...como también me enteré a través de una emisora de Mocoa, la cual llamaban a todos los interesados a que obtuviéramos información en la gobernación del Putumayo. Por lo tanto, me desplazé hasta la ciudad de Mocoa a recibir personalmente la información, cuando llegué a la gobernación toda la información al respecto me la dieron en la Secretaría privada, pero como yo necesitaba información acerca de los contratos que tuvieran que ver con obras o mantenimiento de escuelas, me dijeron que tenía que averiguar directamente en la Secretaría de Educación departamental, cuando me presenté allí, el funcionario que me atendió lo único que me preguntó fue que si yo tenía los documentos para poder contratar...en ese momento yo tenía en mis manos dicha documentación; por lo tanto se los presenté y el funcionario me dijo que estaban todos en orden, me los recibió manifestando que esos documentos iban a ser estudiados...días después regresé nuevamente y a esa misma oficina y el funcionario me dijo que mis documentos estaban todos en regla y por lo tanto me entregaron un documento el cual era para presentar las propuestas y posteriormente seguí todos y cada uno de los pasos legales para poder llevar a cabo los contratos...”*

El valor probatorio de lo anterior se debilita cuando encontramos que el mismo procesado en su versión libre aseveró que los contratos realizados con la señora Luna Córdoba obedecieron a una orden y recomendación del señor Gobernador PALACIOS PALACIO (sic), pues era su deseo no solo que se le invitara, sino que se contratara con el argumento de ser oriunda del lugar en donde se llevarían los contratos, asegurando por demás que no conocía ni había tratado con la mencionada persona. [Negrillas fuera de texto].

Los apartes resaltados corresponden a lo que de forma expresa refirió la autoridad disciplinaria. En tal modo, observemos el contenido original de la ampliación de la versión libre y espontánea, documento que obra en el expediente⁴⁹:

Antes de finalizar quiero resaltar que los contratos realizados con la señora FLORELVITA LUNA CÓRDOBA por tratarse de Contratación Directa sin formalidades plenas **obedeció a una recomendación y orden dada por el Señor Gobernador CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO** de invitarla y contratar con ella **por el hecho al parecer de que la Señora era oriunda del Municipio de Orito donde se ejecutarían las obras**. Para poder llevar a cabo la contratación se exigió una serie de documentos para evaluar idoneidad y capacidad de

⁴⁹ Folio 3737 del expediente.

los oferentes, los cuales fueron presentados por la contratista FLORELVITA LUNA que la acreditaban como tal para el desarrollo del objeto del contrato. Es así que los funcionarios encargados de evaluar dichas propuestas respaldados en el registro de proponentes expedido por la Cámara de Comercio de Puerto Asís que la certificaba como versada e idónea con el objeto del contrato, basados además en su buena fe con la que actúa en la presentación de documentos, inscripción y registro en la respectiva Cámara de Comercio se adjudicó los contratos.

Desconozco por mi parte los acuerdos o compromisos que haya adquirido la Sra. FLORELVITA LUNA con otras personas para ejecutar el objeto en los Contratos adjudicados, como también el préstamo de papeles a otras personas [...]

Dejo constancia que al día de hoy no conozco a la Señora FLORELVITA LUNA CÓRDOBA. Los funcionarios de la secretaría de educación y cultura se entendieron con la señora Flor Elvita Luna (sic) y su esposo quienes pueden dar testimonio. Los funcionarios son Jairo Mesías y Nubia Solarte. [Negrillas fuera de texto].

De todo lo anterior, la Sala observa lo siguiente:

- Existe una correspondencia entre lo dicho directamente por el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso en la diligencia de ampliación de versión libre y espontánea con las afirmaciones contenidas en el acto administrativo sancionatorio de primera instancia. En efecto, en uno y otro documento se resalta el móvil de los contratos suscritos con la señora Florelvita Luna Córdoba, lo cual obedeció a una recomendación y orden dada por el gobernador del

departamento del Putumayo.

- La razón por la cual la autoridad disciplinaria se refirió a este apartado y efectuó la respectiva valoración fue para no darle crédito a las afirmaciones de la testigo Florelvita Córdoba. Por las fechas registradas, la declaración de la particular tuvo lugar el 17 de mayo de 2006, fecha en la cual ya se había proferido el respectivo pliego de cargos (30 de marzo de 2006). De esa forma, como la testigo ofreció un relato que indicaba la supuesta normalidad y legalidad en la forma en que obtuvo los contratos, el órgano de control confrontó dichas afirmaciones frente a lo que directamente había expuesto el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso.
- Las explicaciones del señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso se hicieron en el marco de la



ampliación de versión libre, las cuales, tal y como sucedió con la primera diligencia, obedecieron a un relato libre y espontáneo, cumpliéndose así los requisitos tanto constitucionales y legales que se exigen para este tipo de diligencias. Tan espontáneo y libre fue este relato, que fue el mismo disciplinado quien solicitó la ampliación de lo que ya había dicho en su versión, y quien sin ambages, en el momento anterior a culminar la diligencia, expresó su voluntad para «resaltar» las circunstancias relacionadas con los contratos suscritos por el departamento de Putumayo con la señora Florelvita Luna Córdoba.

- En cuanto a la estricta valoración en conjunto del testimonio de la señora Florelvita Luna Córdoba y las manifestaciones del señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso en la



ampliación de
versión libre, la
Sala encuentra que
el órgano de
control acertó. En
efecto, para la
Sala, no podía ser
creíble, desde
ningún punto de
vista, que la
particular
contratista, que
resultó ser una
ama de casa, sin
experiencia e
idoneidad, quien
en otras diligencias
reconoció que
prestó su firma y
sus documentos
para otros
contratos, hubiese
llegado, de forma
espontánea, a las
oficinas de la
gobernación del
Putumayo, y que,
al indagar por los
requisitos para
contratar, en ese
momento
manifestara su
intención de
hacerlo, por cuanto
precisamente tenía
en su poder todos
los documentos.
Adicionalmente, en
esa línea de
hechos
coincidentes y
demasiado
afortunados, que
los documentos
resultaran válidos y
pertinentes para
que en días
posteriores se



firgaran los respectivos contratos sin ningún tropiezo y en completa normalidad.

- El carácter inverosímil del anterior relato frente a la explicación del mismo disciplinado Jorge Eliecer Mustafá Eraso dejó en evidencia la marcada irregularidad que se presentó en la etapa precontractual frente a los aludidos acuerdos de voluntades.
- Ahora bien, el aspecto relacionado con la orden del gobernador para que el departamento suscribiera los contratos con la señora Florelvita Luna Córdoba tenía incidencia únicamente con una de las normas que fundamentaron el cargo formulado, esto es, con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que para la época de los hechos disponía lo siguiente:

ARTÍCULO 29. La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, **sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.** [Negrillas fuera de texto]



- La anterior norma hizo parte de la imputación jurídica efectuada por la Procuraduría General de la Nación, muy coherente con el aspecto fáctico desarrollado en las decisiones sancionatorias. No obstante, en gracia a la discusión, este aspecto no fue el único, porque en el cargo formulado también quedó fijado el reproche por la ausencia de los estudios previos.

En ese orden de ideas, no es cierto que la autoridad disciplinaria haya interpretado de forma indebida la versión libre, dándole a las explicaciones allí ofrecidas un alcance o significado diferentes. En efecto, la Sala observa todo lo contrario. Las decisiones no solo fueron fieles al contenido de la versión libre, sino que la analizaron de forma adecuada, confrontando lo allí dicho con las demás pruebas obrantes en el proceso.

Por tanto, la única conclusión razonable, a partir de las diferentes versiones dadas por la señora Florelvita Luna Córdoba y el mismo señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso, es que los contratos sí obedecieron a la orden del gobernador, aspecto que se materializó con la invitación que le hizo al demandante a la particular, con lo cual resultó seriamente vulnerado el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos.

Conclusión: la ampliación de versión libre y espontánea fue analizada de forma correcta por la autoridad disciplinaria, por lo cual no es cierto que los actos sancionatorios demandados adolezcan del vicio de falsa motivación.

3.2.4 Tercer subproblema

¿La obligación de elaborar los estudios previos hace parte de una etapa diferente a la fase precontractual, con lo cual su incumplimiento quedaría excluido de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: La elaboración de los estudios previos sí hace parte de la fase precontractual, en la cual se encuentran, por un lado, aquellas actividades preparatorias y de planificación, y, por el otro, los trámites de selección del contratista.

Para desarrollar este subproblema se hará una exposición de los siguientes temas:

- Las fases de la contratación estatal.
Clasificación doctrinal y su incidencia en la legislación disciplinaria (3.2.4.1).
- Caso concreto (3.2.4.2).

3.2.4.1 Las fases de la contratación estatal. Clasificación doctrinal y su incidencia en la legislación disciplinaria.

La Ley 80 de 1993 desarrolló un sistema de contratación estatal compuesto por principios y reglas. En cuanto a los principios, el estatuto contractual de manera originaria y expresa contempló tres en particular: transparencia, economía y responsabilidad. No obstante, a partir de algunas normas contenidas en dicha codificación, la doctrina y la jurisprudencia fue reconociendo y desarrollando de forma progresiva otros principios, como los de selección objetiva, planeación, igualdad, libre concurrencia, buena fe, entre muchos otros.

Sobre este aspecto, la Sección Tercera de esta corporación ha dicho lo siguiente⁵⁰:

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Actores: Carlos Orlando Velásquez Murcia y otros. Demandado: Nación- Presidencia de la República y otros.

En ejercicio de esta atribución de configuración legislativa, el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993, en la que adoptó el "*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*", cuyo objeto fue el de disponer **las reglas y principios** que rigen los contratos de las entidades públicas (art. 1) a que se hace referencia el artículo 2 *ibídem*, lo cual implica, de suyo, una competencia reglamentaria de amplio alcance para el Gobierno Nacional para adecuarla a las circunstancias y necesidades sociales y administrativas. En efecto, esta Corporación así lo ha reconocido, puntualizando que "*...la Ley 80 de 1993 señaló principios y reglas para adelantar la actividad contractual del estado, lo que generaría una necesidad mayor de reglamentación por parte del Ejecutivo...*"

[...]

En suma de acuerdo con la jurisprudencia, la Ley 80 de 1993 contiene **los principios y reglas esenciales para la contratación pública**, establece los parámetros generales para acometer esta actividad por parte de las entidades públicas y consagra los mecanismos de selección que les permiten la escogencia del mejor ofrecimiento para el cumplimiento de los fines que con ella se persiguen en procura de la obtención del bienestar general¹⁸, **cuya observancia resulta obligatoria** para el adecuado funcionamiento del Estado en esta materia, pero no agota el tema de la contratación celebrada por las entidades del Estado, ni su vigencia impide el señalamiento, en otras leyes, de asuntos referentes a los contratos celebrados por los entes públicos, o la existencia de reglamentaciones relacionadas con la actividad contractual, siempre que éstos respeten y desarrollen esas normas y principios contenidos en dicho Estatuto General de la Contratación Pública, las otras leyes y, obviamente, la Constitución Política.

[...]

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han esbozado como principios fundamentales del proceso licitatorio los de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia. **La Ley 80 de 1993 consagró como principios de la contratación estatal los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales ha sumado los de planeación y el de selección objetiva.** Por lo demás, el procedimiento precontractual que adelanta la administración, es un típico procedimiento administrativo, sujeto a los principios orientadores de **economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción**, señalados en el artículo 3 del C.C.A. y en el artículo 209 de la Carta.

[Negrillas fuera de texto].

En cuanto a las reglas de la contratación y su diferencia con los principios, la corporación consideró⁵¹:

Sin embargo, difieren en que, **en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión**, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; **y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste**, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia.

Además, **los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema**, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, **y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas**.

[Negritas fuera de texto].

Con base en esas dos categorías jurídicas (principios y reglas), también se expidieron los decretos reglamentarios. Así ocurrió con los Decretos 679 y 855 de 1994 y el Decreto 2170 de 2002, este último vigente hasta el año 2008⁵², pues la legislación anterior a la Ley 80 de 1993 solo consideraba las reglas jurídicas⁵³:

La ley 80 de 1993 es, entonces, una ley esencialmente de principios de estirpe constitucional y desarrollo legal, **por oposición al anterior estatuto de contratación (Decreto – ley 222 de 1983) que lo era absolutamente de reglas**, lo cual constituye una diferencia sustancial en el entendimiento del estudio del derecho que informa la contratación estatal.

Como atrás se señaló, **la Ley 80 de 1993 contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado** y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Este Decreto fue derogado por el artículo 83 del Decreto Nacional 066 de 2008. Ahora bien, a partir de allí se registran derogatorias y compilaciones sucesivas así: el Decreto 066 de 2008 fue derogado por el Decreto 2474 de 2008; el Decreto 2474 de 2008 fue derogado por el Decreto 734 de 2012; y el Decreto 734 de 2012 fue derogado por el Decreto 1510 de 2013. Ahora bien, el Decreto 1510 de 2013 fue compilado por el Decreto 1082 de 2015. No obstante, para los efectos del asunto examinado, el Decreto que se encontraba vigente era el 2170 de 2002.

⁵³ *Ibidem*.

procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa.

[...]

[Negrillas fuera de texto].

Así las cosas, a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, el régimen contractual está concebido en principios y reglas, pero no en etapas o fases desde el punto de vista estrictamente normativo. En efecto, las fases de la contratación estatal, tradicionalmente conocidas como la etapa precontractual, contractual o postcontractual, han sido una descripción que se debe más a la doctrina⁵⁴ y recientemente a la jurisprudencia⁵⁵. De esa manera, algunas veces se distingue entre la fase precontractual y los actos propios de la planeación⁵⁶, pero en la mayoría de las ocasiones se habla de una sola etapa que involucra ambos aspectos⁵⁷.

Ahora bien, en materia sancionatoria, el legislador, para establecer una de las principales faltas disciplinarias con ocasión de la actividad contractual, sí optó por una fórmula basada en las distintas etapas de la contratación estatal. En efecto, el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dice que será falta disciplinaria «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».

⁵⁴ Ver, por ejemplo, Manual de Contratación. Departamento Administrativo de la Función Pública. Versión 13. De fecha 26 de diciembre 26 2018. Puede consultarse en <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/1035318/Manual+de+Contrataci%C3%B3n+V12.pdf/bd03b7b9-b76b-49c0-a762-bda48c6f5a59>

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) Actor: Carlos Edgar Moreno Rincón. Demandado: Departamento de Cundinamarca; Secretaría de Hacienda. Así mismo, ver la sentencia del 2 de diciembre de 2013, de la misma Sección. Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP). Actor: Rodrigo Valencia Caicedo. Demandado: Empresas Municipales de Cali-EMCALI E.I.C.E.E.S.P y otro.

⁵⁶ «El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con **la etapa previa a la celebración del contrato** y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, **con anterioridad al proceso de selección**, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado». [Negrillas fuera de texto]. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 1.º de diciembre de 2008. Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603).

⁵⁷ «**CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL**. [C]abe precisar que, aun cuando **la planeación que se debe observar en la etapa previa** a la celebración del contrato se demanda respecto de ambos extremos precontratantes, lo cierto es que ello es así en función de las cargas y responsabilidades que cada uno asuma en relación con la naturaleza y el contenido de las obligaciones que se contraen con ocasión de la celebración del acuerdo». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de julio de 2019. Radicación número: 88001-23-31-000-2012-00017-01(51772). Actor: CONSORCIO ISLAS. Demandado: FONADE.

En consecuencia, surge una pregunta obligada: ¿a qué actividades o deberes se quiso referir el legislador cuando estructuró como falta disciplinaria el participar en la etapa precontractual con detrimento del patrimonio público o el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa? Para la Sala, la norma cobija todas aquellas actividades ocurridas antes de la celebración del contrato, pues la expresión «etapa precontractual» debe ser entendida y armonizada con cada uno de los principios de la contratación estatal, entre ellos el de economía, responsabilidad y planeación.

En este asunto resulta plenamente aplicable al tema el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde hacerlo al intérprete⁵⁸. Pero, además, de entenderse que la falta disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 se refirió a la etapa precontractual, en un sentido estricto y limitado, abarcando únicamente aquello que ocurra desde la apertura formal del proceso hasta el acto de adjudicación o firma del contrato, ello equivaldría a considerar que algunos principios como los de economía, responsabilidad y planeación pudieran ser desconocidos por el incumplimiento del deber funcional de los servidores públicos.

Sin lugar a dudas, la expresión «etapa precontractual», referida en la legislación disciplinaria —no así en las normas contractuales—, quiso recoger todas las irregularidades que eventualmente se presenten antes de la firma del contrato, siempre y cuando se concrete la regla que desconozca alguno de los principios de la contratación estatal, tal y como fue concebido por la Corte Constitucional, en la sentencia C-818 de 2005, pronunciamiento que fijó la comprensión de la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En esa providencia (la que fue citada por el demandante), la alta corporación sostuvo lo siguiente:

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

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

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012.

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**⁵⁹. [Negrillas fuera de texto].

Si se mira con atención los apartados que fueron resaltados, fácil será concluir que el campo cubierto por la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, son las reglas que desarrollan todos y cada uno de los principios que regulan la contratación estatal, entre ellos el de economía y responsabilidad, por ejemplo. Por tanto, si fuera cierto que el legislador quiso dejar por fuera aquellas actividades anteriores a la apertura del proceso contractual, la Corte no habría hecho mención a los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993, normas que en su mayoría exigen la planeación y elaboración de los estudios previos a la suscripción del respectivo contrato. Por lo menos, el legislador o la Corte habrían hecho una salvedad para decir qué reglas y principios no quedaban incluidos en lo que el texto normativo disciplinario denominó etapa precontractual y etapa contractual.

A contrario *sensu*, esto es lo que dispone el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, norma que desarrolla en el principio de economía:

Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

[...]

12. **Con la debida antelación** a la apertura del procedimiento de selección o de **la firma del contrato**, según el caso, **deberán elaborarse los estudios**, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

[...]

[Negrillas fuera de texto].

Y en cuanto al principio de responsabilidad, el numeral 3 del artículo 26 de dicha legislación preceptúa lo siguiente:

ARTICULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

3o. Las entidades y **los servidores públicos, responderán** cuando hubieren abierto licitaciones o concursos **sin haber elaborado previamente los** correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, **estudios**, planos y evaluaciones que fueren

⁵⁹ Dispone el artículo 23 de la citada disposición: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. (...)”. Más adelante, los artículos 24, 25 y 26 desarrollan algunos aspectos puntuales de dichos principios.

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 aquellos.

[...]

[Negritas fuera de texto].

En consecuencia, la obligación de la elaboración de los estudios, que se constituye en una regla que desarrolla tanto el principio de economía como el responsabilidad, hacen parte de lo que la Ley 734 de 2002, en su numeral 31 del artículo 48, denominó etapa precontractual, pues (1) no se hizo ninguna excepción, clasificación o precisión para entender que en aquella expresión quedaban excluidas algunas actividades o deberes que deben cumplirse antes de la apertura formal del proceso contractual; y (2) la ilustración de la jurisprudencia ratifica que en dicha etapa se comprenden todas las reglas que desarrollan los principios de economía y planeación, lo cual involucra el deber de que se realicen los respectivos estudios previos.

La anterior conclusión es coherente con los ejemplos que expone la doctrina especializada para explicar dicha clase de comportamientos irregulares, los cuales deben tipificarse por vía de lo preceptuado en la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002:

También, a manera de ejemplo, dentro del universo posible, si la conducta disciplinaria enseña que lo que hizo el sujeto **fue omitir elaborar los diseños** que se requerían para aperturar el procedimiento de selección para la escogencia del contratista que se busca para la construcción y puesta en funcionamiento de una planta despulpadora de frutas, la falta se imputará atendiendo que en esas circunstancias de tiempo, modo y lugar, **se viola el principio de ECONOMÍA**, conforme a la exigencia del numeral 12 del artículo 25 que literalmente y en lo puntual exige: “Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección (...) deberán elaborarse los (...) diseños requeridos (...)” [Texto en mayúsculas y utilización de paréntesis originales. Resaltado en negrilla de la Sala]

Por tanto, la Sala se identifica con el criterio de aquel sector de la doctrina que el campo de la contratación estatal equipara el principio de planeación con la etapa precontractual:

A. Planeación precontractual.

Sin entrar en mayores detalles respecto de la configuración y aplicación de este principio, por cuanto ya hemos tenido la oportunidad de tratar el tema en textos anteriores [...], simplemente diremos acá que la decisión de la Administración de un objeto determinado con la colaboración de un particular o de otra entidad pública **requiere de un análisis previo**

de la necesidad y especificaciones del mismo, la oportunidad y conveniencia de su ejecución en un momento determinado y las consecuencias fácticas y patrimoniales de su consecución [...] **Dicho análisis supone adelantar estudios previos, tanto técnicos como de mercado**, con el fin de determinar la prioridad, lineamientos y finalidades de su elaboración; la obtención de permisos y licencias de conformidad con la ley aplicable al caso concreto; la coordinación de las actividades de la Administración para su adecuada ejecución con el fin de evitar un conflicto con las labores propias de la entidad contratante; y, principalmente, **la delimitación de un presupuesto acorde con la realidad económica y correspondiente con la magnitud del proyecto**, la determinación de los riesgos previsibles y la maduración de los proyectos [...] [Negrillas fuera de texto].

En conclusión, una de las posibilidades de cometer la falta descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por participar en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal, se puede dar cuando el servidor público no elabora los estudios previos que se requieren para la celebración de cualquier contrato estatal⁶⁰.

3.2.4.2 Caso concreto.

El apoderado del demandante sustentó la tesis de que la obligación de elaborar los estudios previos hace parte de una etapa diferente a la fase precontractual, por lo que el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso no participó en la etapa precontractual y, de esa manera, no incurrió en la falta descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Para respaldar dicha afirmación, señaló que la elaboración de los estudios previos hace parte de una fase denominada «preparatoria o de planeación», la cual estaría por fuera de la etapa precontractual que en su criterio comienza desde la apertura formal de un proceso contractual hasta la adjudicación o firma del contrato, según corresponda.

Frente a ello, la Sala encuentra que la anterior explicación posiblemente puede tener sentido desde el plano académico para identificar con mayor detalle los distintos momentos que ocurren de manera previa al nacimiento del contrato

⁶⁰ Ahora bien, existe una descripción mucho más detallada como lo es la falta descrita en el numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. No obstante, el verbo rector en aquel comportamiento es «intervenir en la tramitación, celebración o ejecución de contrato estatal con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos». Por tanto, esta expresión sí podría ser más cerrada y delimitada a la que es descrita en el numeral 31, por cuanto refiere participar en la «etapa precontractual». Con todo, la Corte Constitucional ha indicado que en materia disciplinaria lo siguiente: «La naturaleza de las conductas reprimidas, [...], la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, **hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad**, siendo, la razón fundamental de esta característica del derecho disciplinario originada en la naturaleza misma de las normas disciplinarias, **toda vez que éstas suelen carecer de completud y autonomía**, ya que es necesario remitirse a otras preceptivas en donde se encuentren regulados en concreto los deberes, funciones, obligaciones o prohibiciones para los diferentes servidores públicos, teniendo en cuenta los cargos y ramas del poder público a los que pertenezcan». [Negrillas fuera de texto]. Sentencia C-030 de 2012. Para la Sala, esta flexibilidad también involucra la posibilidad de que una misma conducta pueda adecuarse a una o más faltas disciplinarias contenidas en la ley.

estatal. En ese sentido, es plausible distinguir que unos son los diferentes actos preparatorios en donde se realizan los estudios previos y que otro sea el momento que comprende el inicio formal del proceso de selección del contratista, trámite que culmina con la suscripción del contrato.

No obstante, una y otra fase deben considerarse como componentes de la etapa precontractual, entendida esta como todo aquello que ocurra antes de la celebración del contrato, pues allí los servidores públicos deben observar dentro de sus deberes funcionales el cumplimiento de las reglas que desarrollan los principios de la contratación estatal, sin ninguna salvedad o restricción, dentro de los cuales, por supuesto, se encuentran los de planeación, economía y responsabilidad. De esa manera, el incumplimiento respecto de la obligación de elaborar los estudios previos a la contratación cuando se está obligado a ello constituye una conducta que se enmarca en la falta disciplinaria gravísima, descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

En el presente caso, la Procuraduría General de la Nación le imputó al demandante la ausencia de los estudios previos respecto de los contratos números 349, 361, 362, y 363, celebrados con la señora Florelvita Luna Córdoba, cuando estaba obligado a realizarlos. En efecto, el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso era el encargado, vía acto de delegación (Resolución 1967 del 8 de noviembre de 2004), de elaborar dichos estudios, tanto así que fue este servidor el que estuvo al tanto de los trámites relacionados con la suscripción de dichos contratos, pues fue él quien le cursó la invitación de forma directa a la particular que resultó favorecida con aquellos.

En ese orden de ideas, no existe el vicio de falsa motivación en los actos expedidos, porque el órgano de control demostró que (1) el demandante estaba obligado a elaborar dichos estudios; (2) hubo ausencia de los estudios previos; (3) se determinó que la señora Florelvita Luna Córdoba no tenía la experiencia y capacidad para celebrar dichos contratos, al punto en que en tres de ellos se demostró que la particular solo prestó sus firmas y documentos para que terceras personas los ejecutaran; y 4) La falta de estudios derivó en que firmados los contratos y antes del inicio de la ejecución de estos la administración se viera obligada a efectuar sustanciales modificaciones, las cuales representaron un aumento de cantidades de obra, la reducción de algunas de ellas y distintos problemas en su ejecución.

Por lo tanto y a diferencia de lo dicho por el apoderado del demandante, el señor Jorge Eliecer Mustafá Eraso sí participó en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios de planeación, economía y responsabilidad, contenidos en los artículos 25, 26 y 29 de la Ley 80 de 1993, conforme a los literales que fueron imputados por la Procuraduría General de la Nación.

De forma complementaria, el demandante aseveró que el principio de planeación no estaba contemplado ni desarrollado en la Ley 80 de 1993, afirmación que en criterio de la Sala no es cierta, por cuanto ello es un asunto esencial de las reglas que desarrollan los principios de economía y responsabilidad en lo que tiene que

ver con la imperiosa necesidad de elaborar los estudios previos a la celebración del cualquier contrato estatal. Así mismo, el registro de las obras y su inclusión en los planes departamentales en ningún momento reemplazaban la obligación de elaborar los estudios previos, porque ellos debían ser documentos diferentes y mucho más detallados en donde se describiera el objeto de la necesidad y la forma de resolverla. En el presente caso, la ausencia de estudios no solo hizo que la conducta del demandante se encuadrara en la falta disciplinaria que le fue endilgada, sino que se presentaran serios inconvenientes en la ejecución de los contratos, ocasionándose así una afectación todavía mayor conforme a las finalidades que se pretenden cumplir con el cumplimiento y la observancia de los principios y reglas contractuales.

Conclusión: La obligación de elaborar los estudios previos que tenía a cargo el demandante hace parte de la fase precontractual, por lo cual sí se configuró la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haberse desconocido los principios de planeación, economía responsabilidad.

Solución del segundo problema jurídico: una vez han sido resueltos los subproblemas jurídicos, esta Sala considera que los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados no fueron expedidos con falsa motivación.

Como un aspecto adicional, la Sala destaca que la defensa en la actuación disciplinaria esgrimió que sí hubo participación de varias personas en el proceso contractual, entre ellas el de un particular de nombre Eyner Rodrigo Ledesma Sánchez, aspecto que se demostraba conforme a una declaración juramentada ante notario. Esta circunstancia fue valorada por la autoridad de primera instancia, pero en una de sus consideraciones cometió el error de mencionar como testigo al propio notario de nombre Ernesto Muriel Silva⁶¹, cuando el declarante realmente era el señor Eyner Rodrigo Ledesma Sánchez⁶².

De esa manera, el apoderado en el escrito de demanda aseveró que el haber considerado como testigo al señor notario Ernesto Muriel Silva era un «error garrafal». Sin embargo, la Sala considera que tal mención obedeció a un yerro puramente formal porque que en el mismo párrafo en donde se cometió dicho error quedó claro que el verdadero declarante era el señor Eyner Rodrigo Ledesma Sánchez. Con todo y eso, más allá de la imprecisión en el solo nombre, el demandante no desarrolló de forma adecuada el concepto de la violación por dicho aspecto.

Implicación de la ausencia de los vicios alegados frente a la falta disciplinaria gravísima.

⁶¹ Folio 133 del expediente.

⁶² *Ibidem*.

Como quiera que las causales alegadas por el demandante, frente a la falta disciplinaria gravísima por la que fue hallado responsable no están llamadas a prosperar, la Sala estima innecesario desarrollar los respectivos problemas jurídicos por la falta grave relacionada con los contratos interadministrativos 093, 094 y 095 de 2004. En efecto, al margen del examen de legalidad de los actos demandados por este aspecto, la única decisión posible en este asunto, por encontrarse los actos acusados conforme a derecho en cuanto a la falta disciplinaria gravísima que fue endilgada, es negar las pretensiones de nulidad expuestas en la demanda.

DECISIÓN DE ÚNICA INSTANCIA

Al no encontrarse probada ninguna de las causales de nulidad endilgadas en contra de los actos acusados, conforme a lo expuesto en precedencia, la Subsección denegará las súplicas de la demanda.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el presente caso, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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,

FALLA

Primero: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Jorge Eliecer Mustafá Eraso en contra de la Procuraduría General de la Nación, por lo expuesto en la motivación de esta sentencia.

Segundo: Sin costas por lo brevemente expuesto.

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

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Impedido