

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 11 de mayo de 2020

Referencia: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 11001-03-25-000-2012-00508-00 (1990-2012)
Actor: Ramón Arturo Díaz Corzo
Accionado: Procuraduría General de la Nación
Trámite: Única Instancia – Ley 734 de 2002
Decisión: Niega pretensiones de la demanda

La Sala conoce el proceso de la referencia con el informe de 18 de mayo de 2017¹, una vez cumplido el trámite previsto en los artículos 171 a 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por tanto, procede a dictar sentencia una vez verificado que no hay irregularidades o vicios de nulidad que sanear.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

Por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho² el señor Ramón Arturo Corzo solicitó la nulidad

¹ Folio 677 del cuaderno principal.

² Ley 1437 de 2011, artículo 168.

de los fallos disciplinarios de 22 de noviembre de 2011³ y 13 de febrero de 2012⁴ del Procurador General de la Nación, en cuanto lo sancionó con destitución del cargo de alcalde del municipio de Chiriguana (Cesar) e inhabilidad general por el término de 15 años.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó que se condene a la demandada a: **i)** suprimir sus antecedentes disciplinarios; **ii)** pagar la suma de \$ 40.000.000⁵ *-por daño emergente-* y 100 SMLMV⁶ *-por perjuicios morales-* y **iii)** dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso en los términos del artículo 192 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Fundamentos fácticos

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por la parte demandante, así:

Señaló el apoderado del demandante que el señor Ramón Arturo Díaz Corzo en su calidad de alcalde del municipio de Chiriguana (Cesar) adelantó el proceso de licitación pública N° 4 de 2004 y celebró el contrato de suministro N° 170 del 10 de diciembre de 2008 con el contratista denominado "*Fundación instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones*" con el objeto de proveer kits y textos escolares para las instituciones y centros educativos oficiales del mencionado municipio.

Afirmó que como consecuencia de denuncias relacionadas con sobrecostos en el mencionado contrato, la Procuraduría General de la Nación abrió investigación disciplinaria en contra del señor Ramón Arturo Díaz Corzo y luego de agotado el procedimiento de única instancia, lo sancionó con

³ Fallo disciplinario de única instancia, visible a folios 3 a 51 del cuaderno principal del expediente.

⁴ Fallo disciplinario por el cual se resolvió un recurso de reposición contra el fallo disciplinario de única instancia, visible a folios 56 a 108 del cuaderno principal del expediente.

⁵ Equivalente al valor para atender la defensa técnica del proceso disciplinario.

⁶ Salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de diligencia de la conciliación.

destitución del cargo alcalde de Chiriguana e habilidad general por el término de 15 años, al encontrarlo responsable de haber cometido a título de dolo las faltas gravísimas consagradas en el artículo 48 (numerales 3 y 31) de la Ley 734 de 2002 que en su tenor literal reprochan “Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor (...) de un tercero, (...)”, y “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 (...)”⁷.

Lo anterior en atención a que el señor Ramón Arturo Díaz Corzo dio apertura al proceso de Licitación N° 4 de 2008 y celebró el contrato estatal 170 de 2008⁸ que tenía por objeto la compraventa de “morrales del kit escolar” para niños de las instituciones y centros educativos oficiales del Municipio de Chiriquaná, con estudio de mercado deficiente y sin estudios previos⁹ lo cual dio lugar al pago de un sobre precio y detrimento patrimonial público y al correspondiente incremento injustificado del patrimonio del contratista Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones, por la suma de \$ 251.183.322¹⁰.

Afirmó que, contra la anterior decisión la demandante interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto por el Procurador General de la Nación mediante fallo de 13 de febrero de 2012 confirmando la sanción.

⁷ En concordancia con la Ley 80 de 1993 (artículos 25 y 26) y el Decreto Reglamentario 2474 de 2008 (artículo 3 numeral 2), dado que dio apertura al proceso de Licitación N° 4 de 2008 y celebró el contrato de 170 de 2008.

⁸ Para la dotación de kits y textos escolares con destino a las instituciones y centros educativos oficiales del Municipio de Chiriquaná

⁹ Señaló el actor en la demanda que la Procuraduría General de la Nación lo acusó de haber realizado un estudio de mercado deficiente porque solicitó cotizaciones sin determinar las características técnicas de los morrales del kit escolar y porque se obtuvieron cotizaciones de empresas que ya habían cancelado su matrícula comercial.

¹⁰ De acuerdo con el dictamen pericial rendido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y las conclusiones allí plasmadas por el perito contable de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol - Dijin -, que arrojaron que la compra de las unidades de morrales facturadas por el contratista al municipio de Chiriquaná en virtud del contrato 170 de 2008 excedieron su precio en \$31.114, valor que multiplicado por el número de unidades facturadas por el contratista, (8.073), arroja un valor de \$251.183.322

Normas vulneradas y concepto de vulneración

El apoderado judicial del demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones normativas:

- Constitución Política, artículos 6, 29 y 83.
- Ley 80 de 1993, artículos 13, 23, 25 (numerales 3, 7 y 12).
- Ley 734 de 2002, artículos 13, 23, 31 (numerales 3 y 31), 129 y 170.
- Ley 1437 de 2011, artículo 138.
- Decreto 2474 de 2008, artículo 3.2

Como concepto de violación el apoderado de la parte accionante expuso lo siguiente:

Indebida aplicación e interpretación errónea de normas legales -Ley 80 artículo 25, numerales 3, 7 y 12) y (Decreto 2474 de 2008, artículo 3, numeral 2-

Expuso que la Procuradora General de la Nación, subsumió su conducta en normas de contratación estatal que no tienen alcance y aplicación al caso, dado que ninguna de estas consagra la obligación de hacer el estudio de mercado, el procedimiento para elaborarlo ni los elementos que debe contener, a efectos de que se pueda señalar que este se realizó de forma deficiente.

Falsa motivación por indebida configuración del dolo como elemento de culpabilidad

Explicó que en los fallos disciplinarios demandados, la Procuraduría General de la Nación no probó los elementos del dolo *-conocimiento de hechos ilegales, conocimiento de la ilicitud de la conducta y voluntad de cometer la*

ilicitud- sino que los presumió a partir de las funciones director de la contratación municipal que ostentaba como alcalde del municipio de Chiriguaná.

Falta de motivación, por ausencia de análisis probatorio y análisis de los argumentos de defensa técnica.

Manifestó que los fallos disciplinarios demandados se encuentran viciados de nulidad por falta de motivación por ausencia de análisis de los elementos de juicio allegados al proceso y los argumentos expuestos por la defensa técnica del hoy demandante, toda vez que en el proceso disciplinario, se le sancionó pese a que alegó y demostró que: a) la licitación pública N° 4 de 2008 y el contrato N° 170 de 2008 fueron realizados cumpliendo con todas las pautas legales, b) no se generó incremento injustificado porque el contrato fue lícito, y c) las cotizaciones: i) no eran documentos definitivos, ii) no representaban el valor del contrato y iii) los precios reflejados en ellas eran acordes al mercado pues reflejaban el precio de producción y el de comercialización de los productos adquirir con el proceso de contratación.

Violación del principio constitucional de non bis in ídem

Adujo el apoderado accionante que a su prohijado se le reprochó haber participado en la actividad contractual con violación de los principios de economía y responsabilidad en atención a deficientes estudios de mercado, pero fue sancionado por dos faltas disciplinarias diferentes y excluyentes –*Ley 734 de 2002, artículo 48, numerales 3 y 31*-, lo cual indica que se le sancionó dos veces por el mismo hecho.

Falta de aplicación de la Sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional –concreción de la imputación de vulneración de principios de la contratación estatal, en normas específicas que los desarrollen-

Señaló que, las disposiciones normativas señaladas como desconocidas¹¹ en virtud de las cuales se desarrollan los principios de economía y responsabilidad invocados como vulnerados por la entidad demandada, no tienen ninguna relación con la conducta reprochada al señor Ramón Arturo Díaz Corzo, ya que no establecen la obligación de realizar estudios de mercado, no los definen ni regulan su elaboración y contenido.

Vulneración del artículo 13 del CDU¹² que prohíbe la aplicación de responsabilidad objetiva

Consideró el apoderado del demandante que, la Procuraduría General de la Nación sancionó a su poderdante por el solo hecho de ser el alcalde del municipio de Chiriguaná y tener como función la dirección de la contratación de ese municipio, pues se demostró en el proceso disciplinario que no tenía como función elaborar estudios de mercado y que no intervino en la realización del estudio de mercado de la Licitación Pública 4 de 2008 que se acusó de defectuoso

1.2 Contestación de la demanda

La Procuraduría General de la Nación, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con los siguientes argumentos¹³:

El apoderado de la entidad demandada señaló que los requisitos del estudio de mercado, están inmersos dentro de los requisitos generales de los estudios previos consagrados en la Ley 80 de 1993 -*artículo 25 numerales 7 y 12*- y en el Decreto Reglamentario 2474 de 2008 -*artículo 3 numeral 2*-, por lo cual, en el proceso disciplinario se concretaron de forma clara las normas de la contratación estatal vulneradas por el ahora demandante.

Afirmó, que en el proceso disciplinario promovido en contra del señor Díaz Corzo no se aplicó responsabilidad objetiva, en la medida en que se encuentra

¹¹Ley 80 de 1993, artículo 25 (numerales 7 y 12) y Decreto 2474 de 2008 artículo 3 (numeral 2).

¹² Código Disciplinario Único.

¹³ Escrito de 26 de mayo de 2015, visible a folios 584 a 607 del expediente.

debidamente acreditado que éste actuó con dolo, dado que participó en el proceso de selección, celebración y ejecución del contrato N° 170 de 2008, conocía el deber de acatar las normas contractuales y de manera voluntaria avaló que el análisis del estudio de precio del mercado.

Indicó que no se vulneró el principio del non bis in ídem, puesto que el artículo 47 numeral 2 de la Ley 734 de 2002, señala que una acción u omisión pueden vulnerar varias disposiciones disciplinarias o varias veces la misma disposición disciplinaria, por lo que en este caso tuvo lugar un concurso de faltas disciplinarias.

Expuso que la vulneración de los principios de economía y responsabilidad se concretó con las normas específicas que rigen la contratación estatal (Ley 80 de 1993 artículos 25 y 26; y el decreto reglamentario 2474 de 2008 artículo 3), las cuales contienen los requisitos de los estudios previos en general y del estudio de mercado.

En la contestación de la demanda la Procuraduría General de Nación, también propuso la excepción previa de *“indebido agotamiento de vía gubernativa, respecto del cargo segundo de la demanda esto es el cargo de “falsa motivación en cuanto al grado culpabilidad”*^{14,15} la cual fue negada por la magistrada ponente mediante auto de 3 de marzo de 2017 proferida en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 contra el cual no se interpusieron recursos¹⁶.

1.3 Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

¹⁴ En el cargo de nulidad denominado *“falsa motivación en cuanto al grado culpabilidad”*, presentado en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor afirma que su conducta como alcalde dentro del proceso de licitación 04 de 2008 del municipio de Chiriguana no fue dolosa y que la Procuraduría General de la Nación no probó la configuración de los elementos del dolo.

¹⁵ En el escrito de contestación de la demanda, se señaló que: 1) el artículo 171 del CUD señala que el recurso de apelación solo otorga competencia al funcionario para revisar únicamente lo impugnado, norma que debe aplicarse al recurso de reposición en los casos de actos administrativo de única instancia. la finalidad de esto es que la entidad tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones, lo cual no pudo hacer en el caso de las pretensión segunda. –culpabilidad que no fue puesta en el recurso de reposición.

¹⁶ Folios 626 a 639 del expediente cuaderno principal.

En la audiencia inicial de celebrada el 3 de marzo de 2017, el Despacho Ponente determinó que, en atención a que en el proceso de la referencia se discute un asunto de pleno derecho, no es requerido realizar la audiencia de alegación y juzgamiento, por tanto, en aplicación del artículo 181 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011, otorgó a las partes y al Ministerio público el término de 10 días para presentar por escrito sus alegatos de conclusión, y el concepto correspondiente¹⁷.

Alegatos de la parte demandante¹⁸

El apoderado del demandante presentó escrito de alegatos de conclusión en el cual reiteró los argumentos de la demanda relacionados con: **i)** vulneración del debido proceso por la falta de precisión y concreción de las normas que regulan los estudios previos en la contratación estatal señaladas por la autoridad disciplinaria como infringidas¹⁹; **ii)** la atipicidad de la conducta sancionada por cuanto no incurrió en infracción a las normas que regulan los estudios previos en la contratación estatal dado que la descripción técnica de los elementos que iban ser comprados –*morrales para kit escolares*- se plasmó en el pliego de condiciones, por lo tanto hubo una indebida aplicación de las normas del estatuto de contratación estatal; **iii)** la inexistencia de falencias en el estudio de mercado, dado que éste se hizo a través de cotizaciones a papelerías ubicadas en la costa atlántica; **iv)** inexistencia de incremento injustificado del patrimonio de un particular toda vez que la ganancia del contratista en una compraventa no puede ser catalogado como tal, puesto que se sustenta en una actividad lícita y **v)** la inexistencia de engaño o ilicitud en las cotizaciones solicitadas para determinar el precio del mercado de los morrales del kit escolar de conformidad con las declaraciones de los testigos que obran en el expediente.

¹⁷ Los alegatos de las partes pueden corroborarse con el cd y el acta de “*la audiencia pública de alegatos*” celebrada el 14 de septiembre de 2016, que obran en el expediente del presente proceso.

¹⁸ Folios 640 a 658 del cuaderno principal del expediente.

¹⁹ Ley 80 e 1993, artículos 25 (numerales 3, 7 y 12) y 26 (numerales 1,4 y 5).

Alegatos de la parte demandada²⁰

Mediante escrito de alegatos, la PGN realizó un recuento de los antecedentes que dieron origen a la investigación disciplinaria y señaló que la actuación administrativa se llevó a cabo respetando las garantías constitucionales y legales del derecho fundamental al debido proceso del disciplinado y además, acreditó en debida forma su responsabilidad de la disciplinada por los hechos reprochados.

Concepto del Ministerio Público²¹

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó anular los actos administrativos demandados, acceder a la pretensión indemnizatoria por daño emergente y negar el pago de daños morales, en atención a los siguientes argumentos:

Señaló que, la autoridad sancionadora incurrió en vulneración de las normas superiores por aplicación errónea de los artículos 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, el artículo 3 (parágrafos 1, 2 y 3) del Decreto 2474 de 2008, la Ley 1150 de 2007 *–y sus decretos reglamentarios*²² de pues no tuvo en cuenta de que de conformidad con estas normas los estudios y documentos previos se observan en la elaboración y publicación del pliego de condiciones y no son requisito antecedente u obligatorio, tal como ocurrió en el caso del demandante ya que el estudio de mercado y las condiciones técnicas de los morrales del kit escolar fueron señaladas en pliego de condiciones.

²⁰ Folio 659 del expediente – cuaderno principal.

²¹ Folio 672 del expediente cuaderno principal.

²² Respecto de la Ley 1150 de 2007 y los decretos reglamentarios, el Delegado del Ministerio Público en el concepto rendido en este proceso no señaló los artículos que fueron mal interpretados cuales son los decretos reglamentarios desconocidos por la autoridad sancionadora.

Afirmó que la autoridad disciplinaria aplicó erróneamente el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que estableció los requisitos de los estudios previos supuestamente incumplidos por el actor, con base en elaboraciones doctrinarias y no con las normas que los regulan.

Indicó que no se debe acceder al pago de perjuicios morales porque no fueron probados en el proceso.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Planteamiento del problema jurídico

Revisada de manera integral y detallada la demanda, así como los argumentos de oposición propuestos por la entidad accionada, encuentra la Sala que para resolver de fondo el presente asunto deberá atender al siguiente planteamiento:

Establecer si en los actos administrativos demandados en el proceso de la referencia, se encuentra debidamente acreditada la tipicidad de las faltas disciplinarias, así como el título de culpabilidad de dolo, imputado al señor Ramón Arturo Díaz Corzo; o si por el contrario, la Procuraduría General de la Nación sancionó con destitución del cargo de Alcalde del Municipio de Chiriguana –Cesar- e inhabilidad general por 15 años en aplicación de responsabilidad objetiva.

2.2 Resolución del problema jurídico -tipicidad y culpabilidad de las faltas disciplinarias imputadas-

Para resolver el referido problema jurídico, la Sala desarrollara el siguiente orden argumentativo: **i)** en primer lugar se hará referencia a los elementos estructurantes de la responsabilidad disciplinaria –tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad-: **ii)** posteriormente, se estudiarán los aspectos relevantes

relacionados con los estudios previos en el proceso de la contratación estatal; y **iii)** finalmente, se resolverá el caso concreto, para lo cual se deberá concluir si mediante la conducta reprochada al accionante se encuentran acreditados los elementos requeridos para imponer sanción disciplinaria –tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad- por la comisión de la falta prevista en el artículo 48 numeral 30 de la Ley 734 de 2002.

De los elementos estructurantes de la responsabilidad disciplinaria - tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad-

En materia disciplinaria la responsabilidad implica el análisis de la conducta del sujeto disciplinable desde tres (3) diversos factores a saber la tipicidad,²³ la ilicitud sustancial²⁴ y la culpabilidad,²⁵ los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren connotaciones especiales diferentes a los decantados por otras manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.²⁶

En cuanto a la tipicidad²⁷ la ley determina que el operador disciplinario debe identificar la conducta del sujeto disciplinable (imputación fáctica) y analizarla jurídicamente (imputación jurídica) a efectos de establecer si: **i)** constituye infracción de una norma de comportamiento, esto es, si generó: **a)** una infracción a un deber, **b)** una infracción a una obligación o **c)** una extralimitación de funciones previamente establecidas en la constitución, la ley o el reglamento, y **ii)** si esta, de conformidad con la “clasificación de las faltas”²⁸ (gravísima, grave o leve), constituye una falta disciplinaria atendiendo a un

²³ Artículo 4°; 23; 43 # 9; 184 # 1 C.D.U.

²⁴ Artículo 5° C.D.U.

²⁵ Artículo 13; 43 # 1; 44 párrafo C.D.U.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 19 de febrero 2015. Expediente N°:11001-03-25-000-2012-00783-00. Demandante: Alfonso Ricaurte Riveros. En esta providencia la Subsección identificó y analizó los factores que determinan la responsabilidad explicando la forma como estos influyen en la determinación de la sanción así como las diferencias en relación con el derecho penal.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 27 de noviembre de 2014, Radicado 2010-00196-00, Actor: Heriberto Triana Alvis; y Sentencia de 1 de septiembre de 2016, Radicado 2011-00590-00, Actor: Fabio Zarate Rueda. En estas providencias la Subsección revisó el factor “tipicidad”, estableciendo que se compone de dos sub elementos, a saber a) la imputación fáctica y b) la imputación jurídica, este último a su vez se divide en i) la infracción de la norma de comportamiento y ii) en la falta disciplinaria propiamente dicha. Distinción que facilita evaluar el proceso que realiza la autoridad disciplinaria cuando subsume la conducta en una infracción disciplinaria a fin de identificar si se está frente a una doble imputación por un mismo hecho – violación del *non bis in idem*- o frente a un concurso de faltas, y si la conducta ha sido correctamente identificada con un tipo disciplinario.

²⁸ Artículo 42 C.D.U.

listado taxativo –para las faltas gravísimas-²⁹ y a unos “criterios de gravedad o levedad”³⁰ –para las faltas graves y leves-. Esto se puede condensar a través del siguiente cuadro:

CONTENIDO DEL FACTOR “TIPICIDAD” EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Análisis de la conducta desde la infracción de una regla de conducta)		
1	Imputación fáctica	Determinación e individualización de la conducta cometida por el sujeto disciplinable.
2	Imputación jurídica	Subsunción de la conducta en una norma que exija un comportamiento. (Deber, prohibición, extralimitación de función).
		Subsunción en una falta disciplinaria y determinación de la misma como gravísima, grave o leve.

La antijuridicidad³¹ por su parte, de acuerdo con la ley disciplinaria, analiza la conducta del sujeto disciplinable desde una perspectiva diferente a la de la tipicidad, esto es desde la justeza de la misma. Esta es descrita por la norma disciplinaria como la “ilicitud sustancial” que se traduce en una afectación del “deber funcional sin justificación alguna”,³² es decir, este elemento a diferencia de otras disciplinas del *ius puniendi* –como el derecho penal³³- no responde a la magnitud o gravedad del daño producido con la conducta sino a la existencia

²⁹ Artículo 48 C.D.U., y 34 de la Ley 1015 de 2006.

³⁰ Artículo 43 C.D.U

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 29 de enero 2015, Radicado 2013-00190-00, Demandante: Dora Nelly Sarria Vergara. En esta providencia la Subsección analizó la antijuridicidad disciplinaria para señalar que al ser descrita por el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 como la afectación del deber funcional sin justificación alguna, el elemento “afectación del deber funcional” no exige la producción de un resultado dañoso de ningún tipo o gravead y el elemento “justificación” debe ser analizado de conformidad con las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria del artículo 28 ídem.

³² Artículo 5° C.D.U.

³³ Ley 599 de 2000, artículo 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

de la afectación de la función (independiente de si esta afectación es grave o no) y a la existencia o no de justificación para la misma, con base –entre otras– en las causales de justificación preestablecidas por el legislador.³⁴

En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala,³⁵ se tiene además que de conformidad con el artículo 5º del Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002 el cual consagra que “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”, este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público y su falta de justificación.³⁶ Lo antes expuesto se resume en el esquema que a continuación se referencia:

CONTENIDO DEL FACTOR “ANTI JURIDICIDAD” EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Análisis de la conducta desde la afectación de un deber funcional y la existencia o no de justificación).		
1	Afectación del deber funcional	Es indiferente la gravedad mayor o menor de la afectación del deber funcional de cualquier naturaleza.
2	Falta de justificación legal	Inexistencia de causal de justificación de la conducta, en entre ellas, las consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

³⁴ Ver artículo 28 de la Ley 734 de 2002, causales de justificación de la conducta.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

³⁶ La Corte Constitucional, en la sentencia C-948 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), explicó a este respecto que el derecho disciplinario se diferencia del derecho penal, entre otras, porque dado su objetivo central de garantizar la excelencia en el desempeño de la función pública, las sanciones que contempla se justifican por el mero incumplimiento del deber de los servidores públicos, incumplimiento que conlleva una afectación del servicio a ellos encomendado.

El tercer factor de la responsabilidad disciplinaria es la culpabilidad, bajo la cual se analiza la conducta desde una perspectiva subjetiva, esto es, desde la evaluación de la voluntad y el conocimiento del sujeto disciplinable al momento encaminar su actuación.

Este último factor –la culpabilidad- está expresamente regulado en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, el cual dispone que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, lo cual significa en términos de la jurisprudencia constitucional que “El titular de la acción disciplinaria no solamente debe demostrar la adecuación típica y la antijuridicidad de la conducta, pues ésta debe afectar o poner en peligro los fines y las funciones del Estado, sino también le corresponde probar la culpabilidad del sujeto pasivo manifestando razonadamente la modalidad de la culpa”,³⁷ principio legal que deriva del mandato consagrado en el artículo 29 superior en virtud del cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.³⁸

Atendiendo a lo anterior, como se puede observar, el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, no contiene una descripción conceptual de la culpabilidad, es decir no define, que debe entenderse por dicho concepto, sino que consagra una regla de prohibición –no puede haber responsabilidad objetiva- y los grados o niveles que la componen, esto es el dolo y la culpa.

El contenido de los grados de culpabilidad sancionables en materia disciplinaria –dolo y culpa-, puede establecerse, como lo ha definido previamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,³⁹ para el dolo atendiendo al código penal -por remisión expresa del artículo 21 de la Ley 734 de 2002- y para la culpa de conformidad con el artículo 44 -parágrafo- de la Ley 734 de 2002 en el cual se definen los

³⁷ Ibidem.

³⁸ Sentencia C-155 de 2002, Ma. Po. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Auto de marzo de 2015, radicado 2014-03799-00. ACTOR: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO. En esta providencia la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado analizó el factor “culpabilidad” y estableció que el contenido de los conceptos culpa grave y culpa gravísima tienen contenido propio en el artículo 44, parágrafo de la Ley 734 de 2002 mientras que el concepto de dolo debe ser observado desde el artículo 22 del código penal.

conceptos de culpa gravísima –ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento- y culpa grave - inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones-.

Entonces, es en el análisis de la culpabilidad donde se valora el aspecto subjetivo de la conducta, por lo tanto atendiendo a lo anterior y al contenido del artículo 13 de la Ley 734 de 2002 –antes transcrito-, es este factor el que determina si en un caso concreto se aplicó o no responsabilidad objetiva.

Por esto, cuando en una decisión de la autoridad disciplinaria no existe referencia alguna a la valoración subjetiva de la conducta del sujeto disciplinable, en otras palabras cuando se estructura la responsabilidad sin un estudio por lo menos formal de la culpabilidad estamos ante una aplicación de responsabilidad objetiva prohibida por el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 y, en ese mismo orden, cuando a pesar del estudio formal de la culpabilidad de las pruebas del expediente se desprende que la conducta no fue cometida dentro de los grados de culpa descritos por la ley estamos ante la ausencia de culpabilidad en los términos del artículo 44 –parágrafo- de la Ley 734 de 2002. Lo anterior se resume en el siguiente esquema:

CONTENIDO DEL FACTOR “CULPABILIDAD” EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Análisis desde el aspecto subjetivo de la conducta).		
1	Análisis formal	Ley 734 de 2002, artículo 13. Debe constar en la decisión disciplinaria el análisis de la subjetivo de la conducta so pena de incurrir en responsabilidad objetiva.
2	Análisis material	El análisis subjetivo de la conducta además debe permitir que esta se subsuma en las descripciones de culpa del artículo 44 –parágrafo- de la Ley 734 de 2002 y/o de dolo del código penal –con la salvedad realizada por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado-, so pena de ausencia de culpabilidad.

El proceso de contratación estatal, etapas y sub-etapas -Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-.

La Constitución Política, en el artículo 150 inciso final, señaló que “*Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”. En cumplimiento de este mandato constitucional el legislador expidió la Ley 80 de 1993 -*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*-, a través del cual estableció las **reglas, principios y etapas del proceso de contratación pública**.

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, en concordancia con la jurisprudencia⁴⁰ y la doctrina⁴¹ -con base en las cuales se ha establecido el sentido y alcance de la mencionada normatividad-, el proceso general de la actividad de contratación del Estado, se ha esquematizado en general en las etapas siguientes: **1) precontractual**, 2) contractual y 3) postcontractual.

En la etapa **1) precontractual**⁴², están las sub-etapas de: **a) fase interna**, mejor conocida como de planeación, que comprende, la denominada maduración del proyecto de contratación a través de varios elementos que dependen de la modalidad proceso de selección. Ellos son, los estudios y documentos previos, las autorizaciones, los permisos, licencias, los planes de adquisición, certificado de disponibilidades presupuestales y la elaboración del proyecto de pliego de condiciones; y **b) fase externa o pública**, la cual tiene por objeto la selección del oferente, una vez adelantadas las siguientes: i) el aviso de convocatoria, ii) el acto administrativo de apertura o acto

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 24 de julio de 2013. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642). Actor: Andina de Construcciones Ltda. Demandado: Municipio de Rionegro y Otros. Referencia: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. -Contractual-. “En otros términos, en la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones. Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993.”.

⁴¹ Para los efectos puede consultarse:

1) file:///C:/Users/mlaverdee/Downloads/MANUAL%20DE%20CONTRATACION%20C3%93N%202013.pdf.
2) <http://wsp.presidencia.gov.co/dapre/Documents/Contratos/Manual-Contratacion-DAPRE-M-BS-01-v7.pdf>
3) http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2016/05/PROYECTO_MANUAL_DE_CONTRATACION.pdf

4) Juan Carlos, Expósito Vélez. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 386.

⁴² Ernesto Matallana Camacho. Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado. Bogotá 2003, pág. 524 a 527.

administrativo de justificación de la contratación directa, iii) el pliego de condiciones; y **c)** la adjudicación.

Por su parte, la etapa **2) contractual** se compone de: a) legalización y perfeccionamiento del contrato, verificación de los requisitos de ejecución del mismo, b) ejecución propiamente dicha y c) terminación; y la etapa **3) postcontractual**, que se compone la liquidación del contrato y comprende el balance financiero y contable del mismo en donde se hace el corte final de cuentas teniendo como punto de partida su objeto, valor y demás condiciones de este. Todo lo cual puede esquematizarse de la siguiente forma:

-Cuadro N° 1-		
PROCESO DE CONTRATACIÓN ESTATAL		
1. ETAPA PRECONTRACTUAL		
FASE INTERNA ⁴³	FASE EXTERNA O PÚBLICA	ADJUDICACIÓN
a. Maduración del proyecto (Autorizaciones, permisos licencias, Estudios y documentos previos, entre otros). b. Planes de adquisiciones c. Certificados disponibilidad presupuestal d. Proyecto de pliego de condiciones.	a. Aviso de convocatoria b. Acto administrativo de apertura o administrativo de justificación de la contratación directa c. Pliego de condiciones definitivo.	El acto administrativo de adjudicación.
2. ETAPA CONTRACTUAL		
PERFECCIONAMIENTO Y LEGALIZACIÓN	EJECUCIÓN	TERMINACIÓN
3. ETAPA POST CONTRACTUAL		
LIQUIDACIÓN BILATERAL.	LIQUIDACIÓN UNILATERAL.	

⁴³ De acuerdo con lo anterior en los procesos de contratación estatal dentro de la etapa precontractual de planeación como su nombre lo indica deben previamente: a) adelantarse actuaciones que dependen del tipo de proyecto, las cuales ayudan a su maduración, b) realizar estudios previos, c) verificar la disponibilidad presupuestal y d) elaborar los prepliegos de condiciones.

Ahora bien, la **etapa precontractual y fase interna** del proceso de contratación Estatal debe ser ejecutada en desarrollo del principio de economía como directriz rectora de la contratación del Estado, especialmente, en virtud de los numerales que a continuación se transcriben:

Ley 80 de 1993 Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (...)

7. La **conveniencia o inconveniencia** del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con **antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato**, según el caso.

(...)

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**.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseño de los proponentes.

Las disposiciones anteriores, en virtud de la interpretación del efecto útil de las normas del cual deriva el principio legal del legislador no redundante, permite establecer que estos numerales tratan el mismo tema, esto es, los análisis, estudios o evaluaciones previas desde dos perspectivas diferentes pero complementarias, así:

- i. La primera disposición (Ley 80 de 1993, art. 25, numeral 7) hace alusión a la obligación que tiene la administración de realizar el análisis o la tarea conceptual de examinar la conveniencia del objeto de contratación, entre otros, la oportunidad, mientras que la segunda disposición (Ley 80 de 1993, art. 25, numeral 12) señala la obligación de plasmar ese trabajo cognoscitivo en una evidencia física – documento-.
- ii. La definición plural de los verbos de la norma (Ley 80 de 1993, art. 25, numeral 12) permiten inferir que el análisis de conveniencia puede plasmarse en uno o varios documentos, los cuales pueden tomar diferentes denominaciones -estudios, diseños y proyectos-.

- iii. El análisis de conveniencia materializado en documentos (estudios, diseños y proyectos) tiene necesariamente una ubicación temporal, esto es, previo al inicio del proceso de selección del contratista o a la firma del contrato, según el caso (Ley 80 de 1993, art. 25, numerales 7 y 12)⁴⁴.

De acuerdo con lo anterior, las referidas disposiciones regulan respecto de los estudios previos de conveniencia y oportunidad: i) la elaboración conceptual (Ley 80 de 1993, art. 25, numeral 7); ii) la materialización (Ley 80 de 1993, art. 25, numerales 12) a través de documentos que pueden ser varios y tener distintas denominaciones (estudios, proyectos, diseños); y iii) la ubicación temporal (Ley 80 de 1993, art. 25, numerales 7 y 12).

-Cuadro N° 2- COMPONENTES GENERALES DE LOS ESTUDIOS PREVIOS DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD -CONTENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 80 DE 1993 NUMERALES 7 Y 12.		
1	ELABORACIÓN CONCEPTUAL	Trabajo de análisis de la conveniencia y oportunidad.
2	MATERIALIZACIÓN -EN UNO O VARIOS DOCUMENTOS.	Materialización del análisis en uno o varios documentos con diferentes denominaciones (estudios, proyectos, diseños) <i>–pluralidad o univocidad de documentos-</i> , sin una denominación especial <i>–no denominación sacramental-</i> .
3	UBICACIÓN TEMPORAL.	A. PROCESOS DE SELECCIÓN DIFERENTES A CONTRATACIÓN DIRECTA. Previo a la apertura del proceso de selección. B. PROCESO DE SELECCIÓN DE CONTRATACIÓN DIRECTA. Previo a la firma del contrato.

El anterior esquema permite observar más claramente que la Ley 80 de 1993 *–artículo 25, numerales 7 y 12-* solo reguló los tres (3) componentes

⁴⁴ Sobre esta doble opción temporal para la configuración del estudio previo de conveniencia y oportunidad *–antes de la apertura del proceso de selección o antes de la firma del contrato-*, debe señalarse que esto tiene lugar en atención a que el proceso de selección por contratación directa no cuenta con un acto de apertura sino que inicia con la solicitud de invitación a contratar e incluso sin ella, por lo cual, lo fundamental en este tipo de forma de selección es que los análisis sobre la conveniencia del objeto a contratar se hayan realizado antes de la firma contrato pues solo servirán para darle sustento.

generales⁴⁵ de los estudios previos de conveniencia y oportunidad antes mencionados, pero no estableció expresamente su contenido.

Para complementar lo anterior, el Decreto Reglamentario 2170 de 2002, en su artículo 8 –vigente para la época de los hechos-, señaló lo siguiente:

Decreto 2170 de 2002.

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.

Esta norma interpretó que los numerales 7 y 12 de la Ley 80 de 1993 trataban un solo asunto, esto es, el análisis de conveniencia y oportunidad; los abordó bajo la denominación de *“estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación”*; en el aspecto temporal señaló que *“tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección”* y estableció una serie de requisitos mínimos que debían contener estos documentos, a saber: i) la definición de la necesidad; ii) la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad (proyecto, estudio, diseño o prediseño); iii) las condiciones del contrato; iv) el valor estimado del contrato (soporte técnico y económico); y v) el análisis de los riesgos de la contratación (nivel y extensión de los riesgos amparados por contratista).

-Cuadro N° 3-

INTEGRACIÓN DE LOS COMPONENTES GENERALES Y ESPECIALES DE LOS ESTUDIO PREVIOS

⁴⁵ De lo cual se puede señalar válidamente que los estudios previos no puede quedarse únicamente en la ELABORACIÓN CONCEPTUAL –como trabajo cognitivo-, sino que la norma exige además que se plasmen en documentos físicos verificables, lo que deriva en que tienen que obrar materialmente, pueden ser plurales y no están sometido a una formula sacramental o única, en la medida en que puede tomar el nombre o aspecto de estudio, diseño o proyecto.

NORMATIVA		CARACTERÍSTICAS
LEY 80 DE 1993.	DECRETO 2170 DE 2002.	
Artículo 25. <i>Del Principio de Economía.</i>	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:	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis de conveniencia y oportunidad. - Antes de la apertura del proceso de selección. - Contenido mínimo.
NUMERAL 7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato , según el caso.	NUMERALES 1 A 5 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.	<ul style="list-style-type: none"> - Necesidad - Forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad (proyecto, estudio, diseño o prediseño). - Condiciones del contrato - Valor estimado del contrato (soporte técnico y económico) - Análisis de los riesgos de la contratación (nivel y extensión de los riesgos amparados por contratista)
NUMERAL 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 <u>términos de referencia</u> .		

El cumplimiento cabal de los estudios previos requiere la ejecución de ciertas actividades fundamentales, las cuales han sido indicadas de manera concreta y precisa por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en reiteradas oportunidades, en los siguientes términos⁴⁶:

“(...) antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:

i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente Dra. Marta Nubia Velázquez Rico, sentencia de 8 de mayo de 2019. Radicación 250002336000201302029 (59309). Actor: Consorcio Desarrollo Urbano y otros. Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 29 de agosto de 2007, radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), actor: Hernán Duarte Esguerra, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano- IDU, referencia: contractual- apelación sentencia.

- ii) *las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;*
- iii) *las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.;*
- iv) **los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;**
- v) *la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;*
- vi) *la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;*
- vii) *los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar". (Subrayas fuera de texto para resaltar)*

En consideración a lo expuesto por la jurisprudencia citada, la entidad contratante en la fase interna de la etapa precontractual tiene la obligación de determinar los costos y valores que podría requerir la celebración del contrato, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, para lo cual debe adelantar las consultas a que haya lugar a efectos de lograr en la mejor medida posible, la satisfacción de las necesidades del Estado y obtener el mayor beneficio con la inversión de dinero público.

Para tal efecto, las entidades deben conocer con claridad, **i)** la necesidad que pretende satisfacer mediante la celebración de un negocio jurídico, **ii)** quienes y de qué manera, pueden proveer los bienes o servicios requeridos para la

satisfacción de la necesidad y **iii)** el contexto de los posibles proveedores que pueden desarrollar la actividad requerida⁴⁷.

Con el propósito de determinar los anteriores aspectos, el funcionario competente debe realizar un análisis económico de sector o estudio de mercado, el cual otorga las herramientas necesarias para determinar los riesgos posibles, el contexto económico que rodea los productos o servicios a adquirir y la forma de evaluar las ofertas. La profundidad y alcance del análisis que en tal sentido debe realizar el contratante, depende del valor del proceso contractual, es decir, que en cuanto se inviertan mayor cantidad de recursos públicos en el contrato, más acucioso y detallado debe ser el estudio del mercado con el objeto de garantizar la efectividad y protección del erario. Dicho análisis debe atender los siguientes aspectos generales:

***“Económico:** Análisis de datos de: **(i)** productos incluidos dentro del sector; **(ii)** agentes que componen el sector; **(iii)** gremios y asociaciones que participan en el sector; **(iv)** cifras totales de ventas; **(v)** perspectivas de crecimiento, inversión y ventas; **(v)** variables económicas que afectan el sector como inflación, variación del SMMLV y la tasa de cambio; **(vi)** cadena de producción y distribución; **(vii)** materias primas necesarias para la producción y la variación de sus precios; y **(viii)** dinámica de importaciones, exportaciones y contrabando, en caso de que aplique.*

***Técnico:** Las condiciones técnicas y tecnológicas del objeto del Proceso de Contratación, incluyendo el estado de la innovación y desarrollo técnico que permite crear nuevos productos y oportunidades de mercado y las nuevas tendencias como: **(i)** cambios tecnológicos, **(ii)** amplitud de la oferta de características de los productos; **(iii)** especificaciones de calidad; **(iv)** condiciones especiales para la entrega (cadenas de frío, sistemas de vigilancia, etc.) y **(v)** tiempos de entrega.*

⁴⁷ Al respecto ver el documento denominado “Guía para la Elaboración de Estudios de Sector” de Colombia Compra Eficiente.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_guia_estudio_sector_web.pdf

Regulatorio: *La Entidad Estatal debe identificar la regulación aplicable al objeto del Proceso de Contratación, tanto la que influye en el mercado del bien, obra o servicio, como la que regula la actividad de los proveedores y compradores de manera particular, incluyendo regulaciones de mercado, de precios, ambientales, tributarias y de cualquier otro tipo, así como las modificaciones recientes a tales regulaciones y el impacto en su aplicación. También debe estudiar si en el sector hay Normas Técnicas Colombianas, acuerdos o normas internacionales aplicables y autoridades regulatorias o de vigilancia.*

Otros: *La Entidad Estatal debe establecer otros contextos como ambiental, social, político u otro si es conveniente y relevante para conocer el sector.*⁴⁸

Con el objeto de determinar el valor real de un producto o servicio a adquirir, resulta de singular trascendencia que la entidad que pretende iniciar un proceso contractual, indague sobre la oferta de este, es decir, estudie e identifique los proveedores del mercado local, regional y nacional, para establecer las características básicas del sector de producción requerido, con lo cual podrá determinar el número de competidores en el mercado, aspecto que influye en el precio del bien, toda vez que a mayor cantidad de posibles oferentes, menor será el precio del producto, para tal efecto se debe acudir a las bases de datos de la entidad, de las Cámaras de Comercio, de los gremios o de cualquier medio eficaz. Así mismo, se debe estudiar la cadena de producción y distribución del objeto a contratar, con lo que se podrá identificar factores de variación en el valor final de los productos.

Así mismo, la entidad debe estudiar la variación de precios que ha tenido el bien o servicio, de conformidad con las adquisiciones anteriores de este que se hayan realizado, teniendo en cuenta distintos factores como la cantidad de los anteriores contratos, tiempo y lugar de entrega etc., con lo cual se puede determinar un precio estimado.

⁴⁸<http://www.business.govt.nz/procurement/pdf-library/agencies/GUIDEMasteringProcurement.pdf>,
<http://www.scotland.gov.uk/Topics/Government/Procurement/buyernformation/spdlowlevel/routetwotoolkit/developstrategyroutetwo/profilingthecommodity/supplymarketanalysis>,
<https://acquisition.gov/sevensteps/library/afmarket-research.pdf>,
<http://faculty.babson.edu/gwin/indstudy/>. Traído de "Guía para la Elaboración de Estudios de Sector" de Colombia Compra Eficiente.

Aunado a lo expuesto, la autoridad contratante debe realizar un estudio de la demanda del bien, que implica la investigación de los procesos de contratación de otras entidades estatales que hayan adquirido el mismo producto o servicio, y así extraer las mejores prácticas de mercado para aplicarla al proceso de contratación que se pretende llevar a cabo, dicha información puede ser consultada con facilidad en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP-, con dicha práctica es posible evitar riesgos en la actividad contractual, pues se recogen datos importantes sobre los proveedores y precios de adquisición.

Aclarados los anteriores aspectos, procede la Sala a estudiar el presente asunto, a fin de definir si el señor Ramón Arturo Díaz Corzo celebró el contrato de suministro reprochado, con observancia del principio de planeación y responsabilidad, en cuanto al estudio de mercado.

2.3 Resolución del caso concreto

Estudiado en detalle el proceso de la referencia, observa la Sala que la Procuraduría General de la Nación impuso sanción disciplinaria al hoy demandante en su calidad de Alcalde del Municipio de Chiriguana –Cesar- por haber participado en la celebración del contrato de suministro N° 170 de 10 de diciembre de 2008 con la entidad denominada “Fundación Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones”, con el objeto de dotar a las instituciones educativas oficiales de dicha entidad territorial de kits y textos escolares, con base en estudios previos de mercado deficientes respecto de los morrales adquiridos, pues el precio pagado fue superior al valor real del mencionado producto, con lo que desconoció los principios de contratación estatal de economía y responsabilidad, se generó un detrimento patrimonial y un enriquecimiento injustificado al contratista, pues se pagó un valor superior a los bienes suministrados.

Dicha actuación, a juicio de la entidad accionada configuró la falta disciplinaria prevista en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 25 numerales 3, 7 y 12, artículo 26 numerales 1, 4 y 5 de la Ley 80 de 1993, cuyo texto señala:

Ley 734 de 2002.

Artículo 48.- Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

31. *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.*

Ley 80 de 1993.

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

(...)

3o. *Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.*

(...)

7o. *La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.*

(...)

12. *Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán*

elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Artículo 26. Del principio de responsabilidad. *En virtud de este principio:*

1o. *Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.*

(...)

4o. *Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.*

5o. *La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.*

(...)

En cuanto a la culpabilidad de las conductas imputadas la entidad demandada señaló que el señor Díaz Corzo actuó a título de dolo en consideración a que conocía o por razón de su condición de alcalde municipal, debía conocer el proceso de contratación estatal y cada una de sus etapas, y no obstante a ello al adquirir los citados kits escolares se apartó de los mandatos legales, lo que dio lugar al desconocimiento de los principios de economía y responsabilidad.

Respecto al asunto en cuestión, encuentra la Sala una vez estudiado el expediente de la referencia y las pruebas allegadas, que para efectos de la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública N° 04-2008, para la adquisición de kits y textos escolares, el Secretario de Gobierno del Municipio de Chiriguaná solicitó cotizaciones de varios útiles escolares a tres empresas de la región, dentro de estos, el valor de los morrales, no obstante, no se evidencia gestión distinta, que permitiera a la administración municipal obtener el valor de mercado real del mencionado producto.

Ahora bien, para la Sala es claro que para la suscripción del negocio en cuestión, la administración municipal se encontraba obligada a realizar los estudios previos, dentro de ellos, el de mercado o sector económico, conforme lo expuesto en el aparte anterior, en virtud de la interpretación del artículo 25 antes citado. Si bien al momento de ocurrencia de los hechos objeto de reproche disciplinario no existía norma alguna en la cual se encontrara consagrado de manera expresa los elementos requeridos para la realización del estudio de mercado, tal y como lo sostiene el actor, estos ya se habían fijado del desarrollo de los principios de la contratación estatal invocados, las reglas generales de la experiencia, incluso la abundante jurisprudencia al respecto.

Entonces la simple solicitud de cotizaciones no constituye en ningún entendido un estudio de mercado, pues dicho procedimiento requiere de actuaciones como el estudio de la oferta y la demanda del producto o servicio que se pretende adquirir. Entonces, el accionante, como suprema autoridad administrativa y director de la contratación de la entidad territorial citada correspondía indagar sobre los proveedores a nivel local, regional y local de los morrales con las condiciones técnicas requeridos para el proceso contractual, y por el contrario, no se observa gestión alguna en este sentido, sino la solicitud de cotizaciones a empresas escogidas a su arbitrio, lo cual, impone un margen muy restringido de precios para efectos de la elaboración del pliego de condiciones, y no necesariamente el valor más acorde a los propósitos de la entidad.

Así mismo, no se observa en el proceso contractual, que se haya investigado sobre la celebración de contratos similares al cuestionado en ocasiones pasadas ni en el municipio del Chiriguaná, ni en ninguna otra entidad territorial, a pesar de contar con los medios requeridos para obtener dicha información. Por otro lado se encuentra que el valor del contrato era de tres mil doscientos setenta y ocho millones trescientos cuarenta y un mil treinta y seis pesos (\$3.278.341.036), es decir, comprometía recursos públicos importantes, por lo que exigía al contratante un estudio de sector económico mucho más profundo

y juicioso, con el objeto de optimizar al máximo la inversión estatal, factor que no tuvo en cuenta el hoy demandante.

Por lo anterior, esta Corporación concluye que el disciplinado no realizó los estudios previos de mercado que se encontraba obligado a efectuar, hecho reprochado por la Procuraduría General de la Nación, en consecuencia, se encuentra debidamente acreditada la tipicidad de la falta disciplinaria mencionada.

Ahora bien, la celebración de contratos hace parte del giro ordinario de las funciones de los alcaldes municipales, como directores de la actividad contractual de las citadas entidades territoriales, por tanto, el señor Ramón Arturo Díaz Corzo tenía pleno conocimiento del deber de realizar el estudio previo de mercado. Es evidente que el hoy demandante tenía el conocimiento y la pericia para conocer la obligación exigida, pues cumplió a cabalidad las demás etapas del trámite licitatorio, entonces su inactividad palmaria respecto del punto en discusión de estudios de mercado, demuestra su intención de no realizar dicho trámite como exigían las normas aplicables de contratación aplicables.

El hecho que las dos cotizaciones descartadas en el proceso contractual hayan resultado falsas, tal y como lo acreditó la entidad demandada en el trámite disciplinario, demuestra con claridad la intención del actor de imponer el precio de los morrales escolares que a bien tuviera, no el más favorable a los intereses de la entidad, con lo cual se encuentra acreditado el actuar doloso del actor.

En atención a lo anterior, se encuentra plenamente demostrado el título de culpabilidad endilgado al demandante, razón por la cual, no es de recibo el argumento según el cual, en el presente se profirió decisión sancionatoria sin

contar con los elementos de juicio requeridos, por tanto asunto en el presente asunto no se aplicó responsabilidad objetiva.

Debe resaltarse que, el demandante no presenta imputaciones directas y concretas contra la segunda de las faltas disciplinarias gravísimas imputadas por la autoridad disciplinaria *-Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 3, incremento injustificado del patrimonio de un tercero-*, lo cual exime a la Sala de realizar un estudio detallado de la misma; no obstante, se observa que ésta también se encuentra acreditada en el expediente con el estudio de mercado presentado por el disciplinado *-en el cual se utilizaron cotizaciones falsas-*, los estudios de mercado de años anteriores y los estudios de mercado que por el mismo objeto realizaron otras entidad territoriales, evidencias de las cuales se desprende que, el valor del contrato sobrepasó el precio real del objeto contratado, y esa plusvalía (*valor del contrato - precio real del objeto contratado = plusvalía*) incrementó sin justificación (*justificación que deriva del objeto contratado y su valor real*) el patrimonio del tercero contratista - *Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones-*.

En atención a todo lo expuesto, encuentra la Sala que las dos faltas disciplinarias endilgadas al demandante sancionan dos acciones totalmente distintas, la primera, no haber realizado el estudio de mercado correspondiente, con lo cual, desconoció los principios de la contratación estatal antes mencionados, y la segunda, por haber propiciado el incremento patrimonial injustificado de la Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones.

Así pues, si bien los dos eventos mencionados fueron generados por la misma acción consistente en la no elaboración del estudio de mercado, en el presente asunto no se desconoció el principio de non bis in ídem, toda vez que las faltas disciplinarias imputadas sancionan conductas diferentes.

Así las cosas, evidencia la Sala que mediante los argumentos planteados, el apoderado del demandante no logró enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, motivo por el cual, en la parte resolutive del presente proveído se procederá a negar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR la pretensión de nulidad de la sanción disciplinaria de destitución del ejercicio del cargo de Alcalde del Municipio de Chiriguaná – Cesar- e inhabilidad general por 15 años, impuesta al señor Ramón Arturo Díaz Corzo, así como las demás súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y UNA VEZ EN FIRME ESTE PROVEÍDO, ARCHÍVENSE LAS PRESENTES DILIGENCIAS. CÚMPLASE

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

