

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

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero dos mil quince (2015)

Expediente N°:	11001-03-25-000-2012-00783-00
N° interno:	2553-2012
Demandante:	Alfonso Ricaurte Riveros
Demandado:	Procuraduría General de la Nación
Instancia:	Única – Decreto 01 de 1984

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría de fecha 11 de febrero de 2014, y cumplido el trámite previsto en los artículos 207 a 211 del Código Contencioso Administrativo¹, procede la Sala a dictar sentencia una vez verificado que no hay susceptibilidades o vicios de nulidad que sanear.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda y sus fundamentos

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho², el señor Alfonso Ricaurte Riveros, solicitó la

¹ Decreto 01 de 1984. Artículo 207, Auto admisorio de la demanda; Artículo 208. Aclaración o corrección de la demanda; Artículo 209. Período probatorio; Artículo 210. Traslados para alegar; Artículo 211. Registro del proyecto de fallo.

² Código Contencioso Administrativo, artículo 85.

nulidad de los fallos disciplinarios de fecha 1° de agosto de 2008³ y de 23 de diciembre de 2009⁴ proferidos por la Comisión Especial Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación⁵ y la Procuraduría Primera Delegada para la Contracción Estatal, por medio de los cuales fue sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., por el término de dos (2) meses e inhabilidad especial por el mismo plazo, así como la Resolución N° 097 de 30 de abril de 2010 y el Oficio N° 997 de 28 de septiembre de 2010, proferidos por el Gobernador del Departamento del Tolima y el Jefe de la Oficina de Talento Humano del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., por los cuales se hizo efectiva la sanción disciplinaria.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho el apoderado del actor solicitó⁶: i) excluir al señor Alfonso Ricaurte Riveros del registro de sancionados de la Procuraduría General de la Nación; ii) pagar el valor de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos de tipo laboral dejados de percibir durante el periodo de suspensión del ejercicio del cargo⁷; iii) pagar por daño emergente⁸ doce millones setecientos cuarenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos (\$ 12.746.446) y por perjuicios morales⁹ cien (100) SMLMV¹⁰; iv) indexar las sumas a las que sea

³ Fallo de primera instancia por medio del cual el señor Alfonso Ricaurte Riveros fue sancionado con destitución del cargo de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., e inhabilidad por el término de doce (12) años.

⁴ Fallo de segunda instancia por medio del cual se modificó la sanción disciplinaria impuesta en primera instancia al señor Alfonso Ricaurte Riveros para imponerle suspensión en el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., por el término de dos (2) meses e inhabilidad especial por el mismo plazo.

⁵ Integrada por el Procurador Judicial II Penal 102 y el Procurador Judicial Administrativo 26 de Ibagué.

⁶ Las pretensiones de la demanda (folio 86 a 87 del expediente –cuaderno principal-) fueron modificadas con los oficios del demandante que obran a folios 193 y 341 del expediente –cuaderno principal-).

⁷ Desde el 1° de octubre hasta el 30 de noviembre de 2010. Ver Folio 341 del expediente –cuaderno principal-. Escrito de modificación de la demanda.

⁸ Folio 341 del expediente –cuaderno principal-. Escrito de modificación de la demanda.

⁹ Folio 342 del expediente –cuaderno principal-. Escrito de modificación de la demanda.

¹⁰ salarios mínimos mensuales legales vigentes

condenada la entidad demandada de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., y cumplir la sentencia que ponga fin al proceso en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

Señala el apoderado del demandante que el señor Alfonso Ricaurte Riveros asumió el cargo de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E.¹¹ el 12 de enero de 2005, y en el mes de junio de 2005 previo proceso de selección mediante licitación suscribió con contratos de suministro de insumos y prestación de servicios con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2005.

Afirma que la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., mediante el Acuerdo N° 191 de 13 de diciembre de 2005 autorizó al señor Alfonso Ricaurte Riveros la contratación de insumos médicos y servicios para el primer semestre del año 2006, exigiendo la revisión previa por parte de ese órgano de dirección de los pliegos de condiciones correspondientes.

Indica el apoderado del demandante que, toda vez que la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E. no sesionó en el mes de enero de 2006 a fin de que le indicara el tipo de proceso contractual que debía agotar, el señor Alfonso Ricaurte Riveros en su calidad de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., el 1° de enero de 2006 sin

¹¹ Entidad de salud de IV nivel del Departamento del Tolima.

agotar proceso de selección ni realizar el trámite de contratación directa: i) suscribió nuevos contratos de suministro y de prestación de servicios con las empresas que habían ejecutado la contratación en el año anterior avalando para ello las propuestas técnicas y actualizando las propuestas económicas presentadas por aquellas en junio de 2005, y ii) adicionó los contratos que se habían terminado en porcentajes, valor y objeto.

Menciona el apoderado del demandante que debido a denuncias de funcionarios del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., relacionadas con la contratación del mes de enero de 2006, el Viceprocurador General de la Nación mediante auto de 17 de abril de 2006 conformó una Comisión Especial integrada por el Procurador Judicial II Penal 102 y el Procurador Judicial Administrativo 26 de Ibagué para investigar el asunto, la cual mediante auto de 7 de septiembre de 2006 abrió investigación disciplinaria contra el señor Alfonso Ricaurte Riveros por celebración de contratos sin requisitos legales¹² y mediante auto de 28 de mayo 2008 le formuló pliego de cargos¹³.

Indica el apoderado del demandante que luego de agotada la investigación disciplinaria la Comisión Disciplinaria Especial mediante fallo de primera instancia de 1° de agosto de 2008 sancionó al señor Alfonso Ricaurte Riveros con destitución del cargo de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., e inhabilidad por el término de doce (12) años, al encontrarlo responsable de incurrir en las faltas gravísimas consagradas en

¹² De conformidad con el inciso 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 410 del Código Penal.

¹³ Señala el apoderado del demandante que en el pliego de cargos se acusó al señor Alfonso Ricaurte Riveros de haber omitido los requisitos precontractuales en la contratación del mes de enero de 2006; haber convalidado para la contratación del mes de enero de 2006 las invitaciones públicas a cotizar utilizadas en la contratación del mes de junio de 2005; y haber suscrito sin cumplir los requisitos legales actas adicionales y modificatorias de los contratos celebrados el 1° de enero de 2006.

los numerales 1^o¹⁴, 30¹⁵ y 31¹⁶ del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, las dos primeras a título de dolo y la última a título de culpa gravísima.

Afirma el apoderado del demandante que el señor Alfonso Ricaurte Riveros presentó recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, el cual fue resuelto por la Procuraduría Primera Delegada para la Contracción Estatal en fallo de 23 de diciembre de 2009 modificando la sanción de destitución e inhabilidad general de doce años (12) por suspensión de dos (2) meses en el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., e inhabilidad especial por el mismo plazo, al encontrar que el disciplinado únicamente incurrió en la falta disciplinaria gravísima de intervenir en la tramitación, aprobación y celebración de contrato estatal con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución la cual se encuentra consagrada en el numeral 30¹⁷ del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, siendo calificada a título de culpa grave.

¹⁴ Ley 734 de 2002, artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

(...).

¹⁵ Ley 734 de 2002, artículo 48. Faltas gravísimas.

(...)

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

(...)

¹⁶ Ley 734 de 2002, artículo 48. Faltas gravísimas.

(...)

31. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. Corte Constitucional Sentencia C-818-05 “en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios”.

¹⁷ Ley 734 de 2002, artículo 48. Faltas gravísimas.

(...)

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o

Precisa el apoderado del demandante que la sanción de suspensión fue convertida en multa equivalente a dos (2) meses del salario devengado por el señor Alfonso Ricaurte Riveros como Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E. para el año 2006, la cual ascendió a la suma de doce millones setecientos cuarenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos (\$12.746.446), toda vez que para la fecha de expedición del fallo disciplinario de segunda instancia éste no estaba vinculado con esa entidad de salud al haber terminado el periodo para el cual fue designado.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

1.2.1 Normas violadas

El apoderado del demandante cita como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política, preámbulo, artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 29, 44, 48, 49 y 50; Ley 100 de 1993, artículos 194 y 195; y el Decreto 1876 de 1994¹⁸, artículo 16.

1.2.2 Concepto de violación

1.2.2.1 Indebida valoración probatoria

Señala el apoderado del demandante que los fallos disciplinarios acusados incurrieron en indebida valoración probatoria, por cuanto no tuvieron en

con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

(...)

¹⁸ Proferido por el Presidente de la República por medio del cual se reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

cuenta: a) el Acuerdo N° 191 de 13 de diciembre de 2005 proferido por la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., mediante la cual ese organismo autorizó al Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., para realizar la contratación de los insumos y servicios de la entidad del primer semestre del año 2006, ni b) que el señor Alfonso Ricaurte Riveros actuó amparado en una causal de exclusión de responsabilidad al intentar salvaguardar un bien jurídico superior como es el servicio público de salud, por cuanto el derecho constitucional a la salud debe prevalecer sobre las normas legales que definen procesos y trámites para la contratación de las entidades públicas.

1.2.2.2 Error en el estudio de la culpabilidad

Afirma el apoderado del demandante que el fallo disciplinario de segunda instancia incurrió en error al realizar el estudio de la culpabilidad, pues no tuvo en cuenta el artículo 63 del Código Civil, según el cual la culpa grave, solo tiene lugar cuando no se manejan los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. En consecuencia, al celebrar la contratación de suministros y servicios del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., para el primer semestre del año 2006, evitó la parálisis del servicio de salud, por lo cual actuó como una persona diligente y prudente y no se configuró la culpa grave que le fue imputada.

1.2.2.3 Error en la normatividad contractual aplicada al caso

Indica el apoderado del demandante que los fallos disciplinarios acusados desconocieron el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1874 de

1994¹⁹ de acuerdo con los cuales el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es de derecho privado, por lo tanto para determinar la falta disciplinaria que le fue imputada no se podía acudir a los principios consagrados en el Estatuto General de la Contratación Estatal consagrado en la Ley 80 de 1990.

1.3 Contestación de la demanda²⁰

La Procuraduría General de la Nación, mediante apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo tal como se resume a continuación:

Señala la entidad demandada de manera general que las acusaciones del demandante no son suficientes declarar la nulidad de los fallos disciplinarios por cuanto solo son interpretaciones subjetivas en relación con las normas disciplinarias y de contratación de las entidades del Estado, y menciona que, los actos administrativos acusados son ajustados a la legalidad por cuanto fueron proferidos dentro de una actuación disciplinaria legítimamente adelantada por la Procuraduría General de la Nación.

Afirma que el proceso disciplinario adelantado contra el demandante se surtió respetando las garantías constitucionales y legales del debido proceso, y señala que prueba de ello es que en el fallo disciplinario de segunda instancia se atendieron algunos de los argumentos de defensa del disciplinado al punto que la sanción fue modificada y atenuada de destitución e inhabilidad general por doce (12) años a suspensión de dos meses (2) en

¹⁹ Proferido por el Presidente de la República por medio del cual se reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

²⁰ Folios 375 a 380.

el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., e inhabilidad especial por el mismo término.

Afirma la demandada que el demandante pretende revivir el debate procesal y probatorio referente a la valoración de las pruebas y a la adecuación de las conductas investigadas a fin de generar una instancia adicional al proceso disciplinario que no está consagrada en la ley, y señala que tales acusaciones son improcedentes por cuanto la jurisdicción contenciosa administrativa respecto de actos administrativos de naturaleza disciplinaria solamente tiene competencia para revisar la legalidad y su adecuación a las formalidades procesales.

1.4 Concepto del Ministerio Público²¹

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto solicitando denegar las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

Señaló el Delegado del Ministerio Público que no debe revivirse en sede contenciosa administrativa el debate jurídico surtido ante la autoridad disciplinaria, dado que de la lectura de los fallos disciplinarios acusados se observa que examinaron todas las pruebas oportunamente allegadas al expediente y se analizaron los argumentos e inconformidades planteadas por el demandante.

Afirmó que carece de fundamento el cargo según el cual las normas que rigen la contratación pública deben ceder ante el derecho constitucional a la salud de los usuarios del sistema de salud, pues el ejercicio de la

²¹ Folios 455 a 469 del cuaderno principal del expediente.

contratación estatal también encuentra sustento en la moralidad, eficacia, transparencia, objetividad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa que están consagradas en el artículo 209 de la Constitución Política.

Indicó que los argumentos del demandante en cuanto a la supuesta necesidad de contratar insumos y servicios del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., en los meses de enero y febrero de 2006, sin atender a los principios que rigen la contratación pública y el ejercicio de la función pública, no tienen un sustento factico ni jurídico valido porque desde noviembre de 2005 la Junta Directiva de esa entidad lo autorizó para realizar la contratación del año 2006 y en este tiempo no realizó ninguna gestión precontractual que salvaguardara los principios de igualdad, transparencia, objetividad y publicidad de la contratación pública sino que esperó a que terminaran los contratos vigentes para realizar nuevas contrataciones en condiciones diferentes a las que se venían ejecutando sin el más mínimo procedimiento de selección objetiva.

Mencionó que no basta que el demandante argumente que garantizó la prestación continúa del servicio público esencial de salud, pues no probó cual fue el perjuicio que supuestamente evitó, por lo cual tal argumento simplemente constituye una opinión personal del encartado que es insuficiente para exonerarlo del cumplimiento de sus deberes legales.

Finalmente afirma el Delegado del Ministerio Público que las pretensiones económicas del demandante son improcedentes por no haber agotado frente a ellas el requisito de procedibilidad de agotamiento de la conciliación prejudicial, esto en la medida en que, en la convocatoria y en la audiencia de

conciliación prejudicial solo enunció como pretensión la revocatoria de los actos de sanción y la eliminación del registro disciplinario.

1.5 Trámite de la acción

La demanda fue presentada el 2 de febrero de 2011, ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué. Mediante auto de 6 de septiembre de 2012 el Juzgado 9° Administrativo del Circuito de Ibagué²², a quien correspondió la demanda por reparto, atendiendo a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda, Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, de 27 de marzo de 2009²³, se declaró sin competencia para conocer del asunto y remitió el proceso al Consejo de Estado.

El Despacho Sustanciador de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante auto de 10 de diciembre de 2012²⁴, avocó conocimiento del proceso y admitió la demanda ordenando las notificaciones de rigor; por auto de 24 de junio de 2013 ²⁵ decretó las pruebas solicitadas por las partes; por auto de 22 de noviembre de 2013²⁶ corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término común de diez (10) días, para que presentaran alegatos de conclusión y concepto respectivamente.

II. CONSIDERACIONES

²² Folio 350 del expediente –cuaderno principal-

²³ Sentencia de la Sección Consejo de Estado de 27 de marzo de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad.Nº 47001-23-31-000-2001-00933-01. Actor: Amed Zawady Leal. Donde se estableció la competencia para conocer procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carecen de cuantía, en los que se debaten sanciones disciplinarias administrativas que implican retiro del servicio, corresponden específicamente en Única Instancia al Consejo de Estado.

²⁴ Folio 357 del expediente –cuaderno principal-

²⁵ Folio 382 del expediente –cuaderno principal-

²⁶ Folio 433 del expediente –cuaderno principal-

2.1 El problema jurídico

Atendiendo a los cargos planteados por el demandante y a los argumentos de defensa esgrimidos por la entidad demandada, el problema jurídico a resolver por la Sala se contrae en determinar si a las Empresas Sociales del Estado le son aplicables los principios de publicidad y selección objetiva del Estatuto General de Contratación Estatal consagrado en la Ley 80 de 1993, y como problemas jurídicos asociados si la continuidad del servicio de salud constituye una causal de exculpabilidad disciplinaria frente al quebrantamiento de las normas de contratación estatal y si en el estudio de la culpa grave en materia disciplinaria debe aplicarse la definición del artículo 63 del Código Civil.

2.2 Lo probado en el proceso

2.2.1 A folio 5 del expediente –cuaderno principal-, obra fallo disciplinario de primera instancia de 1° de agosto de 2008, proferido por la Comisión Investigadora Especial de la Procuraduría General de la República, por medio del cual se sancionó al señor Alfonso Ricaurte Riveros en su condición de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., con destitución del cargo e inhabilidad por doce (12) años, al encontrarlo disciplinariamente responsable de haber incurrido en las faltas consagradas en los artículos 48 (numerales 1°, 30 y 31) de la Ley 734 de 2002 -en concordancia con el artículo 410 del Código Penal-, así como del Acuerdo N° 142 de 6 de marzo de 2003 proferido por la Junta Directiva de esa entidad de salud (reglamento interno de contratación del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E.).

- 2.2.2 A folio 22 del expediente –cuaderno principal-, obra fallo disciplinario de segunda instancia de 23 de diciembre de 2009, proferido por la Procuradora Primera Delegada para la Contratación Estatal, por medio del cual se modificó el fallo disciplinario de primera instancia para imponer como sanción al señor Alfonso Ricaurte Riveros suspensión de dos (2) meses del ejercicio del cargo de Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., e inhabilidad especial por el mismo término. Dado que para la fecha de expedición del fallo de segunda instancia el disciplinado no estaba vinculado con la entidad hospitalaria, la autoridad disciplinaria ordenó convertir la sanción de suspensión en multa de \$12.746.446, equivalente al valor de dos meses del salario devengado por el disciplinado en el año 2006.
- 2.2.3 A folio 44 del expediente –cuaderno principal-, obra Resolución N° 097 de 30 de abril de 2010, proferida por el Gobernador del Departamento del Tolima por medio de la cual hizo efectiva la sanción impuesta al señor Alfonso Ricaurte Riveros por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal en el fallo de 23 de diciembre de 2009, motivo por el cual se ordenó a la Secretaría Administrativa de la Dirección de Talento Humano del Departamento Gobernación del Tolima –donde para esa fecha laboraba el disciplinado- dar aplicación a la inhabilidad.
- 2.2.4 A folio 47 del cuaderno del expediente -cuaderno principal-, obra oficio dirigido al apoderado del disciplinado por medio del cual se le solicita presentarse en la unidad Coordinadora para la Contratación Estatal a fin de notificarle la decisión del 23 de diciembre de 2009 proferida por la Procuraduría Primera Delegada para Contratación Estatal.

- 2.2.5 A folio 53 del expediente -cuaderno principal-, obra notificación por edicto del fallo de segunda instancia proferido por la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal en el cual se indica que el 9 de marzo de 2010 quedó ejecutoriada dicha decisión.
- 2.2.6 A folio 54 del expediente -cuerno principal-, obra comunicación de la Dirección de Talento Humano de la Gobernación del Tolima dirigida al señor Alfonso Ricaurte Riveros en el cual se le informa que “la sanción a usted impuesta se hará efectiva a partir del 1° de octubre, por el término de dos meses, debiéndose reintegrar el 1° de diciembre del presente mes”.
- 2.2.7 A folio 55 del expediente -cuerno principal-, obra Acta N° 85 de 3 de septiembre de 2010 por medio de la cual la Procuraduría 216 Judicial I para asuntos administrativos certifica que el señor Alfonso Ricaurte Riveros el 2 de julio de 2010 presentó solicitud de conciliación prejudicial convocando para los efectos a la Procuraduría General de la Nación, la cual fue declarada fracasada en la fecha de la mencionada acta.

2.3 El régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado y los principios del Estatuto General de Contratación Estatal.

El estatuto general de contratación de la administración pública, expedido mediante la Ley 80 de 1993, dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales²⁷; para este efecto en el artículo 2°, hace una enumeración de las que denomina entidades estatales, entre las cuales se encuentran, además de la Nación, los departamentos, los distritos, los

²⁷ Ley 80 de 1993 (artículo 1°.)

municipios, las entidades descentralizadas, los organismos y dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos, las demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles²⁸.

Señala el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° de ese estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley, o dicho en otros términos, las estipulaciones de los contratos estatales serán las previstas en la Ley 80 de 1993 y las que de acuerdo con las normas civiles y comerciales, correspondan a su esencia y naturaleza²⁹.

Entre las materias particularmente reguladas por la ley contractual, a que alude el citado artículo 13 de la Ley 80 de 1993, se encuentran los procedimientos de selección³⁰, las cláusulas excepcionales al derecho común, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, y determinados contratos³¹. Y en el mismo estatuto se prevén excepciones tales como el caso de los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social³²; de los contratos de servicios de telecomunicaciones³³, y de los contratos de exploración y explotación de

²⁸ Ley 80 de 1993 (artículo 2°.)

²⁹ Ley 80 de 1993 (artículo 40)

³⁰ Licitación o concurso públicos, contratación directa, contratación sin formalidades plenas, ahora selección abreviada de menor cuantía y selección de mínima cuantía.

³¹ Contratos de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

³² Ley 80 de 1993, artículo 32, parágrafo 1°.

³³ Ley 80 de 1993, (artículos 33 a 36)

recursos naturales renovables y no renovables³⁴, los que se regirán por la legislación especial aplicable a dichas actividades.

De manera similar, leyes posteriores establecen nuevas excepciones, en procura de otorgar mayor agilidad y capacidad de competencia a determinadas entidades oficiales. Así ocurre, verbigracia, con las universidades³⁵, con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y con las Empresas Sociales del Estado³⁶.

En este último evento, es decir para el caso de las Empresas Sociales del Estado³⁷ la Ley 100 de 1993 en el numeral 6° de su artículo 195 se limitó a disponer que éstas se regirían en materia de contratación por el derecho privado y les otorga la facultad para utilizar discrecionalmente las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública³⁸, sin establecer para tales empresas una legislación sustitutiva, que específicamente les sea aplicable.

En atención a lo anterior para las Empresas Sociales del Estado, por tanto, la legislación aplicable será la civil o comercial, según la esencia y naturaleza del contrato, pero esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa.

³⁴ Ley 80 de 1993, (artículo 76)

³⁵ Ley 30 de 1992.

³⁶ Ley 100 de 1993.

³⁷ De conformidad con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1876 de 1994 las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por la ley, o por las asambleas departamentales o por los concejos distritales o municipales, según el nivel de organización del Estado a que pertenezcan.

³⁸ De conformidad con la Ley 80 de 1993, artículos 14-2 y 19, dichas cláusulas, que el estatuto contractual denomina excepcionales al derecho común, son las de interpretación, modificación y terminación unilaterales; la de sometimiento a las leyes nacionales y la de caducidad.

Lo anterior porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la Ley 100 de 1993, las cláusulas excepcionales, siempre que las Empresas Sociales del Estado resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato, y porque al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebran determinados contratos estatales que regula la Ley 80 de 1993, a esta regulación deberán atenerse.

Estos contratos son precisamente los que define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es decir el de obra, el de consultoría, el de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, el de concesión, el encargo fiduciario y la fiducia pública, en cuya celebración el deber de selección objetiva lleva consigo la escogencia del 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.

En ese orden los criterios de selección, dispuestos por la Ley 80 de 1993 en su artículo 29, para la escogencia del contratista en forma objetiva y atendiendo al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, son de obligatoria observancia para las entidades estatales a que dicha ley se refiere, entre ellas las Empresas Sociales del Estado, tanto en los casos de licitación o concurso públicos, como en los de contratación directa, pues estos denotan la transparencia y publicidad y objetividad que debe estar presente en todos los aspectos de la administración pública entre ellos el de la contratación de las entidades públicas sin distinción. Lo anterior con mayor razón aplica al presente caso si se observa que el Acuerdo 142 de 2003 proferido por la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., por medio del cual se expidió el reglamento de contratación de esa entidad recoge estos principios en sus artículos 4°, 5°, 16, 17 y 18.

2.4 La culpabilidad en materia disciplinaria

En materia disciplinaria, la responsabilidad implica el análisis de tres (3) diversos elementos, a saber la tipicidad³⁹, la antijuridicidad⁴⁰ y la culpabilidad⁴¹, los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren connotaciones especiales diferentes a las decantados por otras manifestaciones del Ius Puniendi del Estado.

El artículo 13 de la Ley 734 de 2002, señala que en materia disciplinaria la culpabilidad solo comprende el dolo y la culpa. El tenor de la norma es el siguiente:

Ley 734 de 2002, artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Las formas de culpabilidad mencionadas en la norma transcrita, en materia disciplinaria, encuentran su definición por definición expresa en la norma disciplinaria o deben adaptarse al sistema de responsabilidad disciplinaria en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario desde la integración normativa autorizada por el artículo 21 del Código Único Disciplinario, el cual señala lo siguiente:

Ley 734 de 2002, artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

³⁹ Artículo 4º; 23; 43 # 9; 184 # 1 C.D.U.

⁴⁰ Artículo 5º C.D.U.

⁴¹ Artículo 13; 43 # 1; 44 parágrafo C.D.U.

En este orden los conceptos sobre aspectos sustanciales que no tienen definición en el Código Único Disciplinario adquieren contenido y adaptación desde la normatividad internacional sobre derechos humanos y del trabajo ratificado por Colombia y en la legislación interna, en el orden de precedencia mencionado en la norma trascrita.

El Código Único Disciplinario en cuanto al dolo como forma de culpabilidad no contiene una definición normativa específica⁴², por lo cual dado que en los tratados de derechos humanos y del trabajo ratificados por Colombia⁴³, el Código Contencioso Administrativo⁴⁴ ni el Código de Procedimiento Penal⁴⁵ existe una descripción normativa, es necesario acudir al Código Penal que en su artículo 22 trae una definición normativa desde la cual debe partir el análisis para adaptar ese anunciado al derecho disciplinario. La norma en mención señala lo siguiente:

⁴² La ley 734 de 2002 hace varias referencias al dolo y la conducta dolosa, por ejemplo en los artículos 13; 38 numerales 1, 2 y 4; 44 numerales 1, 2 y 4; 48 numerales 1, 4 y 9; 50; 55; 61 y 63; pero no expresa una definición de esta forma de culpabilidad.

⁴³ <http://www.cancilleria.gov.co/juridicainternacional/tratados>.

[Acuerdo sobre la asistencia a la niñez. Ley 468 de 1998; Carta de las Naciones Unidas](#) [Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 16 de 1972; Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer](#) [Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura](#) [Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer](#) [Convención Interamericana sobre derechos civiles de la mujer](#) [Convención Interamericana sobre restitución de menores](#) [Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores. Ley 470 de 1998](#) [Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad](#) [Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero. Ley 471 de 1998](#) [Convención sobre los derechos del niño](#) [Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes](#) [Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar](#) [Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra](#) [Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra](#) [Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales. Ley 243 de 1995](#) [Declaración de los derechos del retrasado mental](#) [Declaración de los derechos del niño](#) [Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes](#) [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#) [Pacto Internacional de derechos civiles y políticos](#) [Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.](#)

⁴⁴ Decreto 01 de 1984.

⁴⁵ Ley 906 de 2004.

Código Penal. Artículo 22. *Dolo*. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Ahora bien en cuanto a la modalidad culposa de la culpabilidad, contrario a lo que ocurre con el dolo, no es posible acudir el Código Penal mediante la regla integración normativa, por cuanto el legislador estableció de forma clara las definiciones de culpa gravísima y culpa grave en el párrafo del artículo 44 del Código Único Disciplinario, bajo el siguiente tenor:

Ley 734 de 2002, Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

(...)

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Así las cosas, en materia disciplinaria en cuanto a la culpabilidad el legislador optó en cuanto al dolo por conservar mediante integración normativa el concepto del derecho penal y en referencia a la culpa estableció definiciones especiales y concretas, y ninguna de estas dos modalidades por remisión o definición, permite la utilización del concepto de culpa grave consagrado en el artículo 63⁴⁶ del Código Civil, siendo en consecuencia inaplicable al derecho disciplinario.

⁴⁶ Código Civil, artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un

2.5 Análisis de los cargos del demandante

Las acusaciones contra los actos demandados proferidos por las autoridades disciplinarias se circunscriben a: i) el desconocimiento de las pruebas que demostraban su inocencia, esto por cuanto no se tuvo en cuenta que la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., había autorizado realizar la contratación para el año 2006, mediante Acuerdo N° 191 de diciembre de 2005; ii) su conducta se circunscribe dentro de las causales de exoneración de responsabilidad, en la medida en que actuó en cumplimiento del deber constitucional de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud de los usuarios del hospital; iii) se desconoció el artículo 63 del Código Civil de acuerdo con el cual su conducta no constituía culpa grave en la medida en que actuó como un buen padre de familia manejando los negocios ajenos como una persona diligente; y iv) se desconoció que las Empresas Sociales del Estado tienen un régimen de contratación privado, motivo por el cual no podía ser sancionado por infringir los principios de la contratación estatal consagrados en la Ley 80 de 1993.

(i) En relación con el supuesto desconocimiento de la autorización para contratar otorgada por la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., a fin de dar claridad al asunto en cuestión la Sala debe recordar lo siguiente.

buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Mediante el Acuerdo N° 142 de 6 de marzo de 2003⁴⁷ la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., se expidió el reglamento interno de contratación de esa entidad, el cual señaló que la competencia para la celebración de los contratos está radicada en el Gerente y que todos los contratos que superaran la cuantía de 300 SMLMV debían ser previamente autorizados por ese órgano colegiado de dirección⁴⁸.

En mayo de 2005⁴⁹ el Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., realizó invitaciones públicas para efectos de adelantar la contratación de los insumos y talento humano para el desarrollo del objeto social de la mencionada entidad, dando esto lugar a la celebración de los respectivos contratos en junio del mismo año.

Posteriormente la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., mediante el Acuerdo N° 191 de 13 de diciembre de 2005⁵⁰, autorizó al Gerente de esa entidad para contratar talento humano, insumos y servicios para dos (2) meses, por un valor de \$ 7.239.425.350 y en el Acta N° 22 de la misma fecha, se indicó que *“Revisada esta solicitud de autorización se aprueba por la Junta Directiva. Se solicita al gerente empezar a trabajar sobre los términos de referencia de las convocatorias y presentarlas en la*

⁴⁷ Folio 25 del expediente –cuaderno de pruebas N° 2-.

⁴⁸ Acuerdo N° 142 de 6 de marzo de 2003 de la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., artículo 8.

⁴⁹ Folio 653 del expediente –cuaderno de pruebas N° 5-.

- Resolución N° 0708 de 16 de mayo de 2005 por medio del cual se invita a cotizar los servicios operativos y administrativos necesarios para el funcionamiento del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

- Invitaciones públicas a cotizar N° 205, 026 y 207 de 16 de mayo de 2005.

- Resolución N° 0709 de 17 de mayo de 2005 por medio de la cual se conforma el Comité Técnico – Económico para el estudio y la evaluación de las propuestas presentadas dentro de las invitaciones a cotizar números 025, 026 y 027 de 2005.

⁵⁰ Folio 41 del expediente –cuaderno de pruebas N° 2-.

*primera quincena de enero. Se aprueba esta autorización por unanimidad por la junta directiva*⁵¹.

En atención a la anterior autorización, el Gerente del Hospital sin invitación pública celebró el 1º de enero 2006, un total de 11 contratos⁵² por un término de dos meses (2) con los mismos contratistas que venían ejecutando los contratos celebrados en junio de 2005, utilizando como sustento de dicha

⁵¹ Folio 545 del expediente –cuaderno de pruebas N° 4-.

⁵² Folio 758 del expediente –cuaderno de pruebas N° 5-.

- Contrato de mantenimiento No. 008 del 1º de enero del 2006, con la Cooperativa Multiactiva de Profesionales Alianza Solidaria, con el objeto de prestar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de maquinaria y equipo biomédico durante las 24 horas del día de acuerdo a las necesidades de la institución, por un valor de \$59.549.760 y un término de 2 meses (folios 758-762).

- Contrato de prestación de servicios de vigilancia No. 009 del 1º de enero del 2006, con la Empresa de Vigilancia y Seguridad Privada la Doble W Ltda, para contratar el servicio de vigilancia privada y protección a sus instalaciones, bienes y empleados, por un valor de \$77.189.600.

- Contrato No. 018 del 1º de enero del 2006, con Villaveces y Asociados Auditores Consultores S.A o V & A Auditores Consultores S.A., cuyo objeto es la prestación de servicios de Revisoría Fiscal, por valor de \$85.309.567, por un término de 12 meses contados a partir del 1º de enero del 2006 (folios 393-397).

- Contrato UFH 022 del 1º de enero del 2006, con la Cooperativa de Servicios Médicos Especializados “VIVIR” para contratar servicios médicos para cubrir períodos de vacaciones, por valor de \$53.737.495 y un término de dos meses a partir del 1º de enero del 2006.

- Contrato DRF 031 del 1º de enero del 2006, con la Cooperativa de Trabajo Asociado SURGIMOS para contratar servicios para desarrollar actividades en el área de facturación, por valor de \$65.044.160 y un término de dos meses a partir del 1º de enero del 2006.

- Contrato OCD 035 del 1º de enero del 2006 con la Cooperativa Especializada de Trabajo Asociado de servicios operativos, técnicos y profesionales COOSERTEP LTDA., con el objeto de contratar servicios de auxiliares administrativos por valor de \$11.442.601 y un término de dos (2) meses a partir del 1 de enero del 2006 (folios 202-205).

- Contrato OCD 036 del 1º de enero del 2006 con la Cooperativa Especializada de Trabajo Asociado de servicios operativos, técnicos y profesionales COOSERTEP LTDA., con el objeto de contratar servicios de técnicos y auxiliares administrativos por valor de \$10.234.200 y un término de dos (2) meses a partir del 1 de enero del 2006 (folios 213-218).-

- Contrato UFRF 037 del 1º de enero del 2006 con la Cooperativa Especializada de Trabajo Asociado – COOSERTEP LTDA., con el objeto de contratar servicios de auxiliares para diferentes áreas, por un valor de \$32.719.290 y un término de dos (2) meses a partir del 1 de enero del 2006 (folios 488-492).

- Contrato ENF 077 del 1º de enero del 2006, con la Cooperativa de Trabajo Asociado –LABORAMOS-, con el objeto de contratar servicios de salud correspondientes a 66.924 horas de auxiliar de enfermería, por un valor de \$425.935.366 y un término de dos (2) meses (folios 14-23, 289-298). En las consideraciones se menciona la autorización dada al Gerente para contratar, por la Junta directiva mediante acuerdo 191 del 13 de diciembre del 2005 y se dejó constancia de la convalidación de los términos de la invitación a cotizar 027 de mayo 16 del 2005, en aspectos técnicos, financieros, económicos y jurídicos.

- Contrato administrativo de prestación de servicios profesionales especializados No. 093 del 10 de enero del 2006, con el señor David Mauricio Andrade Riveros, con el objeto de registrar los procesos de urgencias desde el ingreso hasta la salida del paciente, por un valor de \$7.304.000 (folios 617-620).

- Contrato de prestación de servicios No. 019 de fecha 13 de enero del 2006, con Jorge Humberto Andrade Ramírez.

contratación el extraño mecanismo de la “convalidación” de los aspectos técnicos, financieros, económicos y jurídicos establecidos en las invitaciones de mayo y junio de 2005 así como la “convalidación” de las ofertas presentadas por aquellos para esa misma época. Adicionalmente entre los meses de febrero y marzo de 2006, suscribió contratos adicionales y adiciones a los mencionados contratos.

Ahora bien, por lo anterior en primera instancia la autoridad disciplinaria sancionó al actor con destitución e inhabilidad general por el término de doce años (12) al considerar que incurrió a título de dolo en tres (3) faltas gravísimas, a saber:

- a) Haber omitido la etapa precontractual en los contratos celebrados en el 1° de enero de 2006, artículo 48 -numeral 31- de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 17 del Acuerdo N° 192 de 2003.
- b) Haber convalidado las invitaciones públicas de junio de 2005 para la contratación de enero de 2006, artículo 48 -numeral 30- de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los artículos 209 C. Polt., y 17 del Acuerdo N° 192 de 2003, y,
- c) Haber realizado modificaciones y adiciones sin justificación a los contratos celebrados en enero de 2006, artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 410 del C.P., contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Pese a lo anterior, el operador disciplinario de segunda instancia desechó el primer cargo relacionado con la omisión en el cumplimiento de las etapas precontractuales aduciendo que: i) en atención a la Ley 100 de 1993, artículos 194 y 195 y al Decreto N° 1876 de 1994, artículo 16, las reglas y principios de la Ley 80 de 1993 –en especial las relacionadas con la etapa

precontractual- no son aplicables a las Empresas Sociales del Estado, y que ii) de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que sea válida la imputación de la falta gravísima consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en cuanto al desconocimiento de principios constitucionales, en este caso referidos a la contratación estatal, estos deben estar desarrollados en una norma de naturaleza legal y no simplemente en una norma de naturaleza reglamentaria como lo es el Acuerdo N° 142 de 2003 de la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., el cual contiene el manual de contratación de esa entidad.

También desechó el tercer cargo al considerar que la conducta no se ajustaba a las previsiones típicas imputadas, en la medida en que la modificación y adición injustificada a los contratos celebrados el 1° de enero de 2006, que fuera imputada como falta disciplinaria gravísima en atención al numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el artículo 410 del Código Penal, no podía estructurarse desde las reglas y principios de la Ley 80 de 1993 relacionadas con las adiciones a los contratos estatales, en la medida en que esa normatividad no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado y dado que para tales efectos medió una solicitud de adición a los contratos por parte del interventor de los mismos.

En ese orden, la referida autoridad consideró que la única de las conductas reprochadas al demandante que verdaderamente se estructuró como falta disciplinaria era la relacionada con la convalidación de las invitaciones públicas de junio de 2005 para la contratación de enero de 2006, cargo segundo.

Esta falta, según la mencionada autoridad disciplinaria, comportaba naturaleza gravísima y se encontraba consagrada en el artículo 48 numeral 30 de la Ley 734 2002 en concordancia con el artículo 17, numeral 2° del

Acuerdo N° 142 de 2003 de la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., la cual fue calificada a título de culpa grave por no haber tenido el cuidado necesario para identificar que de acuerdo con el reglamento de contratación del hospital debía haber realizado una convocatoria pública o en su defecto efectuar el procedimiento de contratación directa o realizar adiciones a los contratos que se encontraban vigentes.

Por lo anterior, en criterio del fallador disciplinario Ad Quem, en los términos de los artículos 44 numeral 2º⁵³ y 46 numeral 2º⁵⁴ de la Ley 734 de 2002, la falta cometida por el demandante y la modalidad de la conducta daban lugar a la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial hasta por el término de dos (2) meses, en la medida en que obraban como atenuantes: i) la intención del demandado de preservar la continuidad del servicio de salud y ii) la convicción errada -por indebido asesoramiento legal de parte de la Oficina Jurídica de la mencionada entidad-, de que la convalidación de las propuestas de la contratación de junio de 2005 para efectos de suscribir los contratos del año 2006 era el trámite correcto.

⁵³ Ley 734 de 2002, artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-124 de 2003](#), [Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-181 de 2002](#), [Ver Concepto del Consejo de Estado 1810 de 2007](#), [Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-028 de 2006](#).

2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-124 de 2003](#) (...).

⁵⁴ Ley 734 de 2002, Artículo 46. Límite de las sanciones. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente. Texto en cursiva y entre comillas declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-948 de 2002](#), bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política; [Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 2003](#), [Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-070 de 2003](#); Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-028 de 2006](#).

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.

En atención a lo anterior se observa que, la autoridad disciplinaria de segunda instancia reconoció la existencia de la autorización para contratar en los Acuerdos N^{os}. 142 de 6 de marzo de 2003 y 191 de 13 de diciembre de 2005, cuestión distinta es que los mismos no justifiquen su conducta en la medida en que, en atención al único cargo por el que finalmente fue sancionado el demandante, una cosa es la autorización para llevar a delante la contratación de la entidad y otra muy distinta es que con base en ella el actor haya creado sus propias reglas de contratación omitiendo los procesos de invitación pública y evaluación de propuestas para convalidar los estudios técnicos, jurídicos y financieros de procesos contractuales pasados, más aun cuando de forma expresa la autorización dada por el mencionado órgano directivo le indicaba adelantar procesos de selección públicos y transparentes al señalar que debía iniciar la elaboración de los pliegos de condiciones.

(ii) Ahora bien, en cuanto al argumento según el cual la conducta del actor se circunscribe dentro de las causales de exoneración de responsabilidad, en la medida en que actuó en cumplimiento del deber constitucional de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud de los usuarios del hospital, la Sala debe señalar los siguiente.

Si bien es cierto que el demandante pudo haber actuado motivado por evitar la parálisis del servicio de salud y por ende en la contratación de enero de 2006 omitió el cumplimiento de las reglas y procedimientos consagrados en el reglamento de contratación del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., tal argumento de colisión de deberes⁵⁵ para que pueda ser considerado como propio de la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria a la que hace alusión el demandante, debe contener de manera concreta la prueba del deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado el

⁵⁵ UDO, Ebert. Derecho Penal, Parte General. Traducción: Escudero Irra, Said. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México 2005. Pág. 223.

cual debe ser analizado en el caso concreto de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En el presente asunto el demandante únicamente señala de forma general que con su conducta procuró salvaguardar el derecho a la salud de los usuarios del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., de Ibagué, sin que obre evidencia concreta de la supuesta afectación o de que la forma en que actuó sacrificando postulados normativos imperativos para la contratación de las Empresas Sociales del Estado era la única para lograr el fin altruista que dice haberlo animado.

Lo anterior, más aun cuando para el mencionado fin materializado en la necesidad de dar continuidad a la contratación de la Empresa Social del Estado en cuestión, el demandante podía hacer uso de la contratación directa o la adición de los contratos suscritos en junio de 2005 que para finales de ese año estaban en ejecución, instrumentos jurídicos que se encuentran consagrados en el Acuerdo N° 142 de 2003⁵⁶.

Así las cosas mientras no obre prueba de los elementos antes mencionados del deber superior concreto invocado y la exclusividad de la conducta desplegada para proteger dicho interés superior⁵⁷ no puede asumirse que el disciplinado actuó bajo el amparo de la causal de exclusión de responsabilidad, ya que lo contrario implicaría que cualquier conducta podría llegar a ser catalogada como tal por el simple hecho de que el investigado aduzca haber actuado movido por un interés altruista.

(iii) Por otra parte, en cuanto al desconocimiento del artículo 63 del Código Civil⁵⁸ de acuerdo con el cual su conducta no era culposa dado que actuó

⁵⁶ Acuerdo N° 142 de 2003 de la Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., artículo 18.

⁵⁷ Corte Constitucional mediante Sentencia C-948-02 de 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

⁵⁸ Código Civil, artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel

como un buen padre de familia, se tiene que el argumento del demandante es inadecuado en la medida en que desconoce que la culpabilidad en materia disciplinaria reposa en conceptos especiales y propios de esa rama del derecho.

Para el caso concreto y de conformidad con el 44 de la Ley 734 de 2002, parágrafo, la culpa grave se estructura cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, la cual además en términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional implica una conducta que no es la que corresponde esperar de una persona que ejerce funciones públicas a quien, por lo demás, se le exige un particular nivel de responsabilidad⁵⁹.

En ese orden, en materia de culpa grave la conducta no puede ser evaluada con los mismos parámetros y conceptos del derecho privado, artículo 63 del Código Civil, con los cuales se analiza el actuar de un particular en el ejercicio de sus negocios personales.

Por el contrario, ante la condición de servidor del estado este concepto culpabilístico implica una mayor estructuración, la cual implica tener en cuenta además un aspecto general que consiste en el deber de cumplimiento eficiente y eficaz de sus funciones como servidor público, artículo 209

cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁵⁹ Constitución Política, artículos 6 y 123.

Constitución Política⁶⁰, y uno particular que se desprende de la jerarquía del cargo desempeñado por el infractor.

Así las cosas, debe aceptarse dentro de los parámetros culpabilísticos del derecho disciplinario que como mínimo constituye culpa grave el que, el funcionario de la mayor jerarquía de una Empresa de Social del Estado de IV nivel de complejidad, como lo es el Gerente, haya dejado de aplicar las normas de la contratación de este tipo de entidades, para crear e imponer sus propias reglas subjetivas e incluso haya omitido los procedimientos establecidos en el manual de contratación para eventos de urgencia y de necesidad del servicio.

Esto en la medida en que para el caso de acuerdo con lo señalado en la demandada el actor tenía amplia experiencia y elevada cualificación para el cargo de Gerente de la referida E.S.E. y conocía las normas de contratación interna de la entidad, Acuerdo N° 142 de 2003, así como la indicación expresa dada en diciembre de 2005 por la Junta Directiva en el Acuerdo N° 141 de 2005 de adelantar procesos de selección pública para la contratación de enero de 2006.

Las anteriores circunstancias permiten concluir con claridad que cualquier otro funcionario público del mismo nivel y condiciones particulares del actor habría podido actuar en forma diferente sobre todo cuando existían en el ordenamiento jurídico mecanismos adecuados para dentro del marco jurídico dar continuidad a la contratación de la entidad y por ende a la prestación del servicio de salud, sin sacrificar la aplicación del ordenamiento legal.

⁶⁰ Constitución Política, artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

(iv) En cuanto al desconocimiento del régimen de contratación privado de las Empresas Sociales del Estado y la inaplicación de los principios de la contratación estatal de la Ley 80 de 1993, debe señalarse que si bien el operador disciplinario de primera instancia imputó la infracción de tales normas el operador de segunda instancia no lo hizo, esto pese a que en criterio de esta Sala tales principios cobijan a todas las entidades del Estado con capacidad de contratación.

En consecuencia, el único cargo por el cual fue sancionado el demandante tuvo como sustento la violación al numeral 2° del artículo 17 del Acuerdo N° 142 de 2003, reglamento de contratación del Hospital Federico Lleras Acosta, frente a lo cual se estructuró la falta disciplinaria gravísima del numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, excluyéndose para todos los efectos cualquier indicación formal y sustancial a la Ley 80 de 1993, motivo por el cual el argumento del actor carece de sustento factico.

Finalmente debe de indicarse que, si bien la Resolución N° 097 de 30 de abril de 2010 del Gobernador del Departamento del Tolima como el Oficio N° 997 de 28 de septiembre de 2010 del Jefe de la Oficina de Talento Humano del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué E.S.E., son actos de ejecución de la sanción disciplinaria, atendiendo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, debe entenderse que sobre estos también recaer el pronunciamiento judicial sobre la legalidad en la medida en que comportan una proposición jurídica compleja con los fallos disciplinarios que modifica la situación jurídica del demandante.

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

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda incoada por el señor Alfonso Ricaurte Riveros contra la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y, una vez ejecutoriada esta sentencia, archívense las diligencias. Cúmplase.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

ALFONSO VARGAS RINCÓN (E)