

POSTESTAD DISCIPLINARIA – Concepto

La potestad disciplinaria es el deber que tienen todos los órganos e instituciones públicas de mantener y restablecer el orden, la disciplina y la moralidad que incumbe conservar a todo aquél que preste sus servicios al Estado como servidor público.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 2 /
CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 6

DECISION DISCIPLINARIA – Control de la jurisdicción contencioso administrativa. Límites

~~Corresponde entonces a~~ la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales; en otras palabras, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la Jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa prueba haya hecho el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad.

SANCION DISCIPLINARIA DE SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR NO LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO – Fundamento errado

Es preciso tener en cuenta que la Resolución 004400 de 1995 estableció en su artículo segundo que para adelantar el trámite de la liquidación por parte del Ministerio de Transporte de los contratos de obra, era necesario allegar como documentos indispensables: I) El Acta de Recibo Definitivo de Obra. II) La relación de pagos hechos al contratista. III) El paz y salvo administrativo. IV) Las pólizas del contrato. V) El acta final de obra. VI) El acta final de ajuste; documentación con la que se elabora el Acta Final de Liquidación para proceder a citar al contratista y adelantar el trámite de la liquidación bilateral. Según los declarantes y las pruebas aportadas al proceso; el propósito del actor, fue el de realizar el trámite de liquidación bilateral con el contratista (agotando la etapa prevista en la Ley 80 de 1993 y la Resolución 004400 de 1995), para lo cual era necesario tener primero las Actas Finales de Liquidación; y si el mismo no llegó a su fin durante el periodo en que el Doctor Rizo Pombo estuvo a cargo del Ministerio obedece, primero, al retraso del inicio de la fase de liquidación con anterioridad a su posesión como Ministro de la época y, segundo, a que dejó de ejercer el cargo a los pocos días de haber realizado la dependencia encargada los proyectos de actas finales de liquidación. Los testigos dentro del expediente, afirman que el actor impulsó una "política" orientada precisamente a liquidar el mayor número de contratos que estuvieran pendientes de la etapa al interior de la Entidad, pero eso sí, dando pleno cumplimiento a los pasos previstos en la Ley 80 de 1993 y en la Resolución 004400 de 1995 para el efecto. Así mismo, debe precisarse que el actor no podía adelantar la liquidación unilateral de los contratos 234 de 1994 y 098 de 1995, como quiera que no se habían surtido una serie de

pasos previos para tal efecto. De otro lado, el perjuicio patrimonial que sobrevino para la Nación como consecuencia de la celebración de la conciliación adelantada por el Ministerio con DRAGACOL el día 6 de noviembre de 1998, no fue bajo su mandato que se llevó a cabo dicha conciliación y tampoco se tuvieron en cuenta para tal efecto las Actas de Liquidación 004 y 005 referentes a los contratos aludidos elaboradas durante el periodo en que ostentó el cargo de Ministro de Transporte.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12980-01(2126-10)

Actor: JOSÉ HENRIQUE RIZO POMBO

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Ministerio Público contra la sentencia de 10 de junio de 2010, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por José Henrique Rizo Pombo contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado, el señor José Henrique Rizo Pombo demandó la nulidad de los fallos de única instancia de 13 de septiembre de 2001 y 19 de abril de 2002, proferidos por la Procuraduría General de la Nación, mediante los cuales sancionó sancionar al demandante con suspensión en el ejercicio del cargo de Ministro del Transporte por noventa (90) días y luego la modificó a sesenta (60) días de multa.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene que la sanción impuesta por la Entidad carece de validez jurídica y en consecuencia está exonerado de toda responsabilidad; disponga que el actor no está obligado a pagar la multa de sesenta (60) días impuesta; la devolución y pago de las sumas que resulten de la declaratoria de nulidad de los actos acusados; el pago de los perjuicios morales causados por la decisión adoptada mediante los actos acusados; dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo; condenar en costas y agencias en derecho a la accionada.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se resumen así:

El actor se desempeñó como Ministro de Transporte durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1997 al 18 de enero de 1998.

El proceso disciplinario adelantado en contra del actor se inició con fundamento en las denuncias del Senador Javier Cáceres Leal, hechas en las Sesiones Plenarias del Senado de la República, los días 23 y 24 de marzo, 6 y 7 de abril de 1999, relacionadas con la Conciliación Extrajudicial celebrada ente el Ministerio de Transporte y la Sociedad 'Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe' – DRAGACOL S.A., en virtud de la cual el Estado reconoció a la referida Sociedad la suma de \$26.000'000.000 por los siguientes conceptos:

1. Actas de obras pendientes de pago de los Contratos Nos. 318 de 1994, 286 de 1996, 04-003 de 1995, 098 de 1995, 234 de 1994, 217 de 1996 y 01-15-97003 de 1997.
2. Por el restablecimiento del equilibrio financiero de los Contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995, por el reconocimiento de 491 días de 'stand by' y por los perjuicios derivados de medidas cautelares.

Mediante Auto de 5 de abril de 1999 la Procuraduría General de la Nación ordenó la Indagación Preliminar. Una vez concluida, dio apertura a la

Investigación mediante Auto de 30 de abril de 1999 y adicionado por Auto de 19 de julio del mismo año. Por medio de esta providencia se Abrió Investigación Disciplinaria contra el accionante (entre otros) en su condición de Ex Ministro de Transporte.

Surtido el trámite de la Investigación Disciplinaria, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante providencia de 1° de junio de 2000, formuló Pliego de Cargos contra los investigados, entre los cuales se encontraba el demandante.

Al accionante se le acusó de incurrir en omisión en su deber de exigir a la División de Adquisiciones y Contratos del Ministerio de Transporte que aplicara el procedimiento establecido en la Resolución No. 04400 de 1995 del Ministerio, para liquidar los Contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995 suscritos con DRAGACOL.

En opinión de la Procuraduría, esta supuesta omisión fue la que generó la indeterminación por parte del Ministerio de los valores resultantes de la liquidación, a favor del contratista, lo cual, supuestamente permitió luego a éste, basándose en esta indeterminación, obtener beneficios económicos superiores a los pactados con la Entidad y adicionalmente calificó como 'evidente negligencia'.

Los cargos formulados contra el actor se limitaron a su actuación en relación con los Contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995, suscritos entre el Ministerio de Transporte y DRAGACOL; no existe acusación alguna en relación con los demás Contratos objeto de la Investigación Disciplinaria y sobre los cuales posteriormente el Ministerio celebró la Conciliación Extrajudicial que originó las denuncias del Senador Cáceres Leal y la investigación de la Procuraduría.

El cargo formulado contra el demandante fue tipificado por la Procuraduría en las siguientes normas:

1. Literal i) del artículo 1° de la Resolución No. 04400 de 1995 del Ministerio de Transporte.

2. Artículos 26-5, 61 de la Ley 80 de 1993.
3. Artículo 208 inciso primero de la Constitución Política.
4. Artículos 1°, 2°, 22, 23, 38, 40, 41-7 de la Ley 200 de 1995.

Mediante Auto de 13 de enero de 2000, la Contraloría General de la República, dentro del Juicio Fiscal No. 0028-99, decidió cerrar la investigación abierta en su contra, en su condición de Ex Ministro de Transporte, con relación a los mismos hechos que eran objeto de la investigación por parte de la Procuraduría General de la Nación, por considerar que respecto de estos hechos no existía mérito para imputar responsabilidad fiscal alguna.

El 4 de septiembre de 2000, mediante Resolución No. 0110 el Procurador General de la Nación asumió en forma directa la investigación relacionada con la Conciliación entre DRAGACOL y el Ministerio de Transporte.

El 26 de julio de 2001 dentro del expediente No. 4374 de Única Instancia en la Fiscalía General de la Nación, se profirió Auto Inhibitorio respecto al demandante, con relación a los mismos hechos por los cuales fue investigado y sancionado disciplinariamente por la Procuraduría, mediante los actos acusados.

El 13 de septiembre 2001, el Procurador General de la Nación, profirió la providencia por la cual, lo declaró responsable disciplinariamente y le impuso una sanción de noventa (90) días de suspensión en el ejercicio del cargo. Decisión respecto de la cual, el actor interpuso recurso de reposición.

El 19 de abril de 2002 el Procurador General de la Nación confirmó parcialmente la anterior decisión; y cambió la sanción de suspensión en el cargo por noventa (90) días, por multa equivalente a sesenta (60) días de salario devengado al momento de los hechos; decisión que fue notificada mediante Edicto que se fijó el 17 de mayo de 2002 y se desfijó el 21 del mismo mes y año.

Mediante sentencia de 31 de mayo de 2002, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, dando trámite a una acción popular iniciada por la Contraloría

General de la República y un ciudadano, resolvió declarar sin efectos la Conciliación Extrajudicial celebrada entre el Ministerio de Transporte y DRAGACOL el 6 de noviembre de 1998, por considerar que con éste acto se habían vulnerado los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público.

En consecuencia, la Sección Cuarta del Consejo de Estrado le ordenó al Ministerio de Transporte abstenerse de efectuar más pagos originados en la citada conciliación y le ordenó a DRAGACOL restituir al Ministerio la suma de \$13'069.569.621,01 debidamente actualizada, valor que según lo determinado en la parte motiva de la providencia fue cancelado en su favor en exceso de lo que se le debía efectivamente, en virtud del Acuerdo Conciliatorio que se dejó sin efectos.

En la misma providencia, se declaró solidariamente responsable al Doctor Mauricio Cárdenas Santamaría, Ministro de Transporte en ejercicio. Por la fecha que se celebró la conciliación, por las sumas pagadas en exceso a DRAGACOL.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículo 50; Ley 80 de 1993, artículos 60 y 61; Ley 179 de 1994, artículo 49; Ley 200 de 1995, artículos 40, 41 y 141; Código Contencioso Administrativo, artículos 84 y 85; Resolución No. 004400 de 1995 del Ministerio de Transporte.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Aduce el desconocimiento al debido proceso y derecho de defensa, por considera que conformidad con el artículo 141 de la Ley 200 de 1995, la Indagación Preliminar, no puede extenderse más de seis (6) meses; y al efectuar un análisis del trámite del proceso disciplinario se puede observar que entre la iniciación de la Indagación Preliminar (Auto de 5 de abril de

1999) y la Formulación del Pliego de Cargos (Auto de 1° de junio de 2000) transcurrieron más de trece (13) meses.

Alegó una presunta falta de competencia en la expedición de los actos acusados, por cuanto, la decisión adoptada el 1° de junio de 2000 fue expedida por funcionario carente de competencia, toda vez que la Ley 200 de 1995 (artículo 141) al establecer un término para adelantar la Investigación Preliminar, limita igualmente la competencia del funcionario a ese término, de manera que, quien sancionó al demandante, lo hizo por fuera del término establecido para tal efecto, y por tanto actuó sin competencia.

La existencia de una falsa motivación de los actos acusados, por cuanto, durante el tiempo que el actor se desempeñó como Ministro de Transporte no se alcanzaron a liquidar en su totalidad los Contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995, y ello no quiere decir que incumplió los términos establecidos en la Ley 80 de 1993 y la Resolución Ministerial No. 00440 de 1995. Precisa que durante su gestión se inició el proceso de liquidación bilateral de los mismos, sin que se pudieran finiquitar debido a que hubo demoras en la elaboración de las Actas de recibo definitivo de las obras contratadas, circunstancia que dilató la etapa de liquidación bilateral.

Se alcanzaron a elaborar los respectivos proyectos de Actas de Liquidación Nos. 004 y 005 correspondientes a dichos contratos, las cuales fueron enviadas a la Oficina Jurídica antes de su salida de la Cartera fueron desconocidas por los nuevos Ministros, uno de los cuales suscribió la controvertida conciliación denunciada por el Senador Cáceres Leal, la cual incluyó sobrecostos en perjuicio de la Nación.

Violación de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y la Resolución No. 04400 de 1995 del Ministerio de Transporte. El actor en su condición de Ministro no incurrió en conducta y omisión ilícita alguna, de la que pueda derivarse su responsabilidad disciplinaria, en el curso del proceso de liquidación de los Contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995.

Por el contrario, impartió instrucciones para que se adelantara la liquidación de los Contratos del Ministerio, que presentaba un considerable retraso; no se refirió expresamente a estos dos contratos en particular, pero se sobreentienden incluidos.

En cumplimiento de esas instrucciones, durante su gestión se elaboraron los proyectos de Actas de Liquidación Nos. 004 y 005 correspondientes a los Contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995; en esas Actas se determinaron las sumas que realmente se le debía reconocer a DRAGACOL por éstos contratos, sin sobre costos para el Ministerio.

Si la liquidación de los renombrados contratos se hubiese continuado y terminado con base en los proyectos de Acta que dejó elaborados, no hubiera habido lugar a detrimento patrimonial alguno para el Ministerio de Transporte; pero como no fueron tenidos en cuenta por la nueva administración, sino que elaboró una nueva liquidación y luego celebró la Conciliación el 6 de noviembre de 1998, cuando ya el demandante no se desempeñaba como Ministro, por tanto no es posible exigir de su parte responsabilidad alguna. (Fls. 1-33)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación, por intermedio de apoderado dio contestación a la demanda (Fls. 222-227), con los argumentos:

Los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 son los que no tuvo en cuenta el actor en su calidad de Ministro de Transporte para actuar, pues en ellas el Legislador determinó el procedimiento que debe darse a efectos de liquidar los contratos suscritos por las Entidades Públicas y fijó el término de cuatro (4) meses para proceder a la liquidación de común acuerdo entre las partes contratantes.

Se constató que si bien es cierto, el actor adelantó algunas diligencias tendientes a obtener la liquidación bilateral de los Contratos suscritos con

DRAGACOL, no se llevó a término el procedimiento ordenado por la Ley, es decir, la declaración de liquidación unilateral de Contratos mediante acto administrativo motivado.

Además es importante verificar como a través de la Resolución No. 04400 de 1995, se estableció que el trámite de liquidación de contratos del Ministerio de Transporte debe realizarse a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su finalización, es decir, que se previó mayor perentoriedad que la genérica, prevista en la Ley 80 de 1993.

Respecto al cargo de violación al debido proceso, lo fundamenta en la inobservancia de los términos procesales que prevé la Ley 200 de 1995, para el adelantamiento de la investigación disciplinaria y más concretamente con la investigación preliminar, el cual esta determinado en seis (6) meses por el artículo 141 del Código Único Disciplinario.

Al parecer el actor establece un conteo de términos que incluye cada una de las diligencias adelantadas hasta el Auto de Formulación de Pliegos, es decir, de 5 de abril de 1999 hasta el 1° de junio de 2000, desconociendo las diferencias que existen entre la Indagación Preliminar y sus objetivos y la Investigación Formal cuyas causas, objetivos y términos están establecidos en los artículos 144 a 147 de la Ley 200 de 1995.

Independiente de lo anterior en el plenario de la investigación preliminar y formal se deduce claramente la búsqueda del grado de responsabilidad de todos y cada uno de los funcionarios que intervinieron de manera activa u omisiva en el caso de DRAGACOL, ya que como determina toda actuación de la administración pública, las desarrolladas en el expediente disciplinario también se ciñeron al mandato del artículo 209 de la Carta Política.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 10 de junio de 2010, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (Fls. 568-596), con los siguientes argumentos:

De la violación normativa. El artículo 138 de la Ley 200 de 1995 dispone que en caso de duda sobre la procedencia de investigación disciplinaria se ordene una indagación preliminar, la cual según el artículo 141 ibídem, no podrá prolongarse por más de seis (6) meses.

En el presente caso, a través de Auto de 5 de abril de 1999, el Procurador General de la Nación ordenó iniciar Indagación Preliminar para investigar las etapas pre-contractuales, contractuales y de ejecución de los contratos Nos. 234/94, 098/95, 318/94, 286/96, 95-04-003/95, 217/96 y 01-15-97003.

Al tenor de lo dispuesto por el literal e) del artículo 8º de la Ley 201 de 1995, se integró una Comisión Especial compuesta por los Asesores Grado 24 del Despacho del Procurador, que al término de su gestión, que se fijó en 15 días, devolvieron el expediente con informe evaluativo, en donde señalaron que a su juicio se presentaron irregularidades que ameritaban la apertura de investigación disciplinaria, indicando las pruebas en la que se soportó la decisión, las normas presuntamente infringidas y la identificación de quienes resulten comprometidos.

Una vez rendido el informe por parte de la citada Comisión, a través de Auto de 30 de abril de 1999, el Procurador General de la Nación ordenó abrir investigación disciplinaria, entre otros, contra los Ex Ministros de Transporte Juan Gómez Martínez, **José Henrique Rizzo Pombo**, Rodrigo Marín Bernal, Alfonso Campo Soto, Carlos Hernán López Gutiérrez y Mauricio Cárdenas Santamaría; y por medio de Auto de 1º de junio de 2000 se formuló pliego de cargos.

De lo expuesto se advirtió, que la indagación preliminar duró 25 días, mientras que la investigación disciplinaria tomó trece meses, actuación que se ajusta a lo dispuesto en las normas transcritas, pues, fueron varios los investigados, así como varias las faltas que les endilgaron. En tal virtud, no le asiste razón al actor al afirmar que la Procuraduría vulneró su derecho al debido proceso al prolongar por más de seis (6) meses la indagación preliminar, pues como se vio, dicha etapa solo duró 25 días.

De la falsa motivación. Indicó que teniendo claro los cargos formulados contra el actor, así como los argumentos expuestos por la Procuraduría General de la Nación para sustentarlos, observó que la etapa de liquidación contemplada en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, tiene como finalidad poner término de una vez por todas a una determinada relación contractual, es decir, realizar un ajuste de

cuentas y revisar las obligaciones pendientes para conciliar las posibles diferencias en aras de evitar pleitos futuros y quedar a paz y salvo.

La norma prevé que la liquidación de los contratos deberá adelantarse de común acuerdo por las partes contratantes dentro del tiempo previsto para tal efecto en los pliegos de condiciones, en los términos de referencia o en los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato. Si la liquidación no se puede efectuar de manera concertada con el contratista, la Entidad contratante procederá de manera unilateral a liquidar el negocio jurídico a través de acto administrativo motivado.

Según el artículo 61 ibídem, la liquidación unilateral sólo procede cuando el contratista debidamente convocado para ello no se presenta a suscribir el acta de liquidación, o cuando no se logra un acuerdo sobre el contenido de dicha liquidación.

Así las cosas, la liquidación unilateral de los contratos es una potestad pública otorgada por la Ley a las Entidades contratantes, en el sentido de que se trata de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico le confiere exclusivamente a los Entes Públicos, como expresión de la supremacía jurídica que ostenta el Estado en las relaciones jurídicas en que interviene, y que frente a las posibilidades de decisión que poseen las partes del negocio jurídico respecto de su finiquito, constituye un privilegio excepcional o facultad exorbitante mas no discrecional de la administración, pues, se encuentra obligada a gestionar la liquidación concertada de los contratos, entre otras cosas, porque lo que se busca es el cumplimiento pleno e integro de los objetos contratados para lograr la consecución de los fines estatales.

De acuerdo con la Resolución 04400 de 1995, para liquidar los contratos se debía contar con las actas de recibo definitivo, final de obra, final de ajuste y el paz y salvo administrativo, elaborados por la unidad ejecutora o el interventor, así como la relación de pagos expedida por la División de Presupuesto y Contabilidad, documentos necesarios para elaborar el acta de liquidación, la cual según lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, debe contener una relación histórica de la ejecución del contrato.

En el 'sub judice', se encuentra probado que el actor se desempeñó como Ministro de Transporte desde el 16 de junio de 1997 hasta el 18 de enero de 1998. Resaltó, que según la Procuraduría, en lo que tiene que ver con los Contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995, "las liquidaciones debieron producirse dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización de los contratos, esto es, a más tardar el 25 de mayo de 1997, para el contrato 234 de 1994, el cual tenía como fecha de vencimiento el 26 de enero de 1997 y el 30 de agosto de 1997, para el contrato 098 de 1995, porque los trabajos se terminaron el 30 de abril de 1997."

Así las cosas, cuando el actor asume la dirección de la Cartera de Transporte (16 de junio de 1997), ya habían pasado los cuatro (4) meses para liquidar el contrato 234 de 1994, y respecto al 098 de 1995 quedaban dos (2) meses y medio para que venciera el término de 4 meses de que habla la Ley para su liquidación.

En esta situación de atraso, según los testimonios de María Sánchez Rangel, Amalia Ángel Guingue y Jorge Bernal Contreras, se encontraban alrededor de 300 contratos, razón por la cual una de las primeras instrucciones del actor en su calidad de Ministro fue la de ordenar "depurar el estado de los contratos con el fin de proceder a la liquidación de los mismos", según el dicho de los declarantes.

Una vez estableció el valor y convicción de las declaraciones de los testigos, teniendo en cuenta para ello la razón de su dicho, así como la concordancia entre unos y otros en términos de tiempo, modo y lugar, encuentra que al ser analizados en su conjunto y atendiendo a la forma como fueron percibidos los hechos, se concluye que una de las prioridades establecidas por el actor, en su calidad de Ministro de Transporte, fue la de liquidar los contratos suscritos por esta dependencia que se encontraba en dicha etapa o que ya estaban vencidos.

En cumplimiento de las ordenes emitidas por el Ex Ministro sancionado, las diferentes dependencias de la Entidad procedieron a realizar los trámites administrativos que eran de su competencia, precisándose, que en lo que tiene que ver con los contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995, las actas finales de recibo definitivo de las obras y los soportes contables y financieros (documentos indispensables para liquidar los contratos) se elaboraron en diciembre de 1997, procediendo la División de Adquisiciones a elaborar los proyectos de actas de liquidación en el mes de enero de 1998, varios días antes de la renuncia del actor.

Así las cosas, no es cierto que el demandante haya desatendido sus deberes jerárquicos de dirección, control y conducción de la dependencia a su cargo como señala la Procuraduría, pues, en desarrollo de este proceso se probó que una vez posesionado como Ministro de Transporte, y ante el preocupante atraso y abandono en que se encontraban los contratos de la entidad, ordenó ponerlos al día de manera inmediata, logrando según los testimonios recibidos, liquidar en un solo semestre más de 200.

En esas condiciones, no puede afirmarse que la conducta del actor permitió la indeterminación de los valores a cargo de la administración, pues, si algo se concluye de los testimonios transcritos, es que su actuación como Jefe de la cartera de Transporte estuvo encaminada a lograr evacuar los más de 200 contratos que se encontraban sin liquidar a su llegada, precisándose que respecto de los contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995 no existía el soporte documental necesario para liquidarlos, y fue en su gestión que se logró elaborar las Actas de Recibo Definitivo de la Obras, así como la relación de pagos y los soportes contables atinentes a la ejecución de los contratos, lo cual, lejos de producir incertidumbre en torno a los costos, lo que buscaba era tener certeza sobre las sumas canceladas y adeudadas al contratista.

LOS RECURSOS

La Procuraduría General de la Nación interpuso recurso de apelación sin sustentarlo, razón por la cual el Despacho en cumplimiento de lo previsto en el artículo 212 del C.C.A., mediante Auto de 28 de octubre de 2010 le corrió traslado para que en el término de tres (3) días, procediera a sustentarlo (Fls. 609), como el término transcurrió en silencio por Auto de 31 de mayo de 2011 se declaró desierto el recurso. (Fls. 622-623)

La Agencia Fiscal de folios 601 a 602 interpuso recurso de apelación contra la providencia de Primera Instancia, para que se revoque y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda.

Insiste en la responsabilidad del actor, por cuanto según la Resolución No. 004400 de 6 de junio de 1995, la liquidación bilateral y unilateral de los contratos corresponde al Ministro de Transporte, salvo delegación expresa y motivada; y en

el presente caso existe delegación al Secretario General respecto de la liquidación bilateral.

Por tanto, si se trata de una función delegada, esta figura establece que la responsabilidad en cuanto a las acciones u omisiones, corresponde tanto al delegante como al delegatario, y puede el primero retomar la ejecución de la función en el momento que así lo considere.

Por otro lado, como quiera que la liquidación de los contratos debe hacerse exactamente en la oportunidad legal dispuesta para ello, es decir, para liquidación bilateral no debe superar los cuatro (4) meses después de finalizado el Contrato o del acto administrativo que ordene la terminación, y para la liquidación unilateral, según lo ha manifestado en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado, la administración puede hacer uso de ésta hasta antes de la notificación de la admisión de la demanda; según la interpretación de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de la ocurrencia de los contratos.

El mismo Tribunal en sus consideraciones afirma que: “el actor asume la dirección de la cartera de Transporte (16 de junio de 1997), ya habían pasado los 4 meses para liquidar el contrato 234 de 1994, y respecto al 098 de 1995 quedaban 2 meses y medio para que venciera el término de 4 meses de que habla la Ley para su liquidación”, quedando de esta manera probada la negligencia del accionante al no proceder a liquidar unilateralmente los dos contratos que motivan la decisión, toda vez que al asumir el cargo, como ya lo dijo el A-quo, el contrato No. 234 de 1994, ya estaba vencido y su obligación legal era haber ordenado su inmediata liquidación unilateral y no permitir dilaciones como la que hubo que soportar para terminar en conciliación por demás onerosa.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó revocar el fallo de primera instancia y negar las súplicas de la demanda (Fls. 658-669), por las siguientes razones:

La decisión sancionatoria de 13 de septiembre de 2001, fue debidamente motivada, con base en las pruebas allegadas al plenario, razón por la cual, cumplidos los requisitos de la certeza de la falta de responsabilidad del disciplinado, correspondía imponer una sanción, a título de dolo o culpa, por el contenido integral de la misma y la existencia inexorable de la falta al deber, de quien solo

era un funcionario público titular de prohibiciones y deberes, sino porque era la cabeza de una Entidad Pública que debía exigir a sus subalternos la liquidación unilateral de los Contratos Nos. 234 de 1994 y 098 de 1995.

Además teniendo en cuenta que había transcurrido el término legal para hacerlo de forma bilateral o consensual con el contratista, funcionario a quien sin lugar a duda le asistía una responsabilidad mayor frente a sus subalternos, pues no se trata simplemente de unas funciones escritas en un Manual, sino de la confianza que la administración deposita en esa persona para que no se permita fraude alguno en aspectos tan importantes como la contratación pública y la liquidación de estos contratos de forma tal que no se vuelva una obligación incumplida y muchas veces consecuencias de alta onerosidad para la Nación representada en éste caso por el Ministerio de Transporte, tal como fue calificada en los fallos correspondientes.

Por tanto era deber y responsabilidad del encartado disciplinariamente hacer cumplir las normas correspondientes, lo que no hizo, dando lugar a que los contratos no fueran liquidados en el tiempo y terminaran en una conciliación extrajudicial.

Como colorario de la revisión minuciosa, seria y ponderada de los elementos de juicio con que se contaron, se concluyó por la Entidad acusada de un lado el respeto a los derechos del accionante y de otro el cumplimiento del deber disciplinario por parte de la accionada, como quiera que el implicado ejerció el derecho de defensa al presentar descargos e interponer el recurso de reposición contra la decisión de única instancia, que fue resuelto oportunamente y debidamente notificado, agotando una de las etapas procesales de la investigación disciplinaria bajo la normativa aplicable.

Igualmente, observó que los motivos de inconformidad que esbozó el actor, son los mismos que plasmó en los descargos, en los alegatos de conclusión y en el recurso de reposición, luego de ninguna forma se ha vulnerado el debido proceso y no es esta acción una tercera instancia para controvertir las inconformidades del

encartado, quien como se dijo, ya las ha discutido en el proceso disciplinario con aplicación de la sana crítica.¹

Aduce que el A-quo suplantó la función de control disciplinario que le corresponde por vocación constitucional a la Procuraduría General de la Nación y profirió decisión anulatoria con una nueva valoración probatoria testimonial de quienes ya habían declarado en el proceso disciplinario, construyendo su propia visión de los hechos y eximiendo de responsabilidad al demandante, lo que a todas luces desdibuja el fin del control de legalidad que se debe ejercer en la acción impetrada.

El término de liquidación bilateral de los contratos, es el previsto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, según el cual, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.²

Es decir, que finalizado el contrato, la iniciación del plazo de los cuatro meses para liquidarlo en forma bilateral, de no haberse hecho tal estipulación, empezará a correr desde que acaezca la finalización del mismo, por el término perentorio e improrrogable, al que precede la liquidación unilateral únicamente, como en el presente caso.³

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si los actos administrativos demandados, proferidos por la Procuraduría General de la Nación, mediante los cuales se sancionó

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 2060-10, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 13 de julio de 2000, expediente 12513, M.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1453 de 6 de agosto de 2003, M.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

disciplinariamente al demandante, son ilegales por haberse expedido con falsa motivación; o si por el contrario se ajustan al ordenamiento jurídico.

ACTOS DEMANDADOS

1°. Fallo de 13 de septiembre de 2001, **proferido por el Procurador General de la Nación, numeral 4°, que sancionó al demandante con suspensión de funciones y remuneración por el término de noventa (90) días. (Fls. 34-149)**

2°. Fallo de 19 de abril de 2002, **proferido por el Procurador General de la Nación, numeral 3°, que modificó el numeral 4° del fallo de 13 de septiembre de 2001; en el sentido de modificar la sanción de suspensión de funciones sin remuneración por el término de noventa (90) días, por multa de sesenta (60) días de salario devengado en el momento de la comisión de la falta. (Fls. 161-193)**

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

De la Vinculación del Actor

A folio 244 del cuaderno principal, la Coordinadora de Administración de Personal del Ministerio de Transporte, hizo constar que el accionante se desempeñó como Ministro de dicha Cartera durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1997 a 18 de enero de 1998.

Del Proceso Disciplinario

Mediante Auto de 5 de abril de 1999, el Procurador General de la Nación integró una Comisión Especial con Asesores, Grado 24 del Despacho, encargada de investigar la ocurrencia de las irregularidades denunciadas por el Senador Javier Cáceres Leal, en Sesiones Plenarias del Senado de la República, atinentes a la Conciliación Extrajudicial entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. – DRAGACOL S.A., en sede de la Cámara de Comercio de Bogotá el 6 de noviembre de 1998. (Fls. 3 C-2)

Por Auto de 30 de abril de 1999 el Procurador General de la Nación, abrió Investigación Disciplinaria contra el actor (entre otros) en su condición de Ministro de Transporte. (Fls. 1-22 C-2)

El 1º de junio de 2000 el Procurador General de la Nación, profirió Auto de Cargos, así:

“1. JOSÉ HENRIQUE RIZO POMBO (...), en su condición de Ministro de Transporte en el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1997 hasta el 18 de enero de 1998.

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA OBJETO DE REPROCHE
Ante la imposibilidad de suscribir de común acuerdo con DRAGACOL S.A., las Actas Finales de Liquidación de los contratos 234 de 1994 y 098 de 1995, el Dr. Rizo Pombo, en su condición de Ministro y jefe de la entidad omitió dentro del periodo comprendido entre el 16 de julio de 1997 y el 18 de enero de 1998, exigir que la División de Adquisiciones y Contratos aplicara el procedimiento establecido en el literal h, artículo 1º de la Resolución 04400 de 1995, lo cual trajo como consecuencia que no firmara las Actas de Liquidación final de los referidos contratos de conformidad con el procedimiento establecido en el literal i), del artículo 1º de la Resolución No. 004400 de 6 de julio de 1995. (...)

La omisión en la exigencia de la función que debía cumplir la dependencia correspondiente y la consecuente omisión de firmar, permitió la indeterminación por parte de la entidad de los valores a su favor o a cargo de esta, contribuyendo así a que posteriormente el contratista, apoyado en esta indefinición obtuviera beneficios económicos muy superiores a los inicialmente pactados. (...)

1.3. DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LOS DEBERES Y PROHIBICIONES
Con el comportamiento descrito pudo haber infringido el literal i), del artículo 1º de la Resolución No. 004400 de 1995, el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, el principio de responsabilidad establecido en el numeral 5º del artículo 26 ib., artículos 6º y 208, inciso 1º, de la Constitución Política, por falta de dirección de la actividad administrativa y por no haber dado cumplimiento a la ley de contratación, por ser el Ministro el jefe de la administración en su respectiva dependencia, incumplió los deberes previstos en los numerales 1º, 2º, 22 y 23 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995, en concordancia con el artículo 38 ibídem. Pudo haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 41, numeral 7º, de la Ley 200 de 1995, al omitir liquidar los contratos antes mencionados.

1.4. NATURALEZA DE LA FALTA
Dada la jerarquía y mando del investigado como titular del Ministerio de Transporte, así como la naturaleza y efectos de su conducta al permitir la indeterminación de los valores a cargo de la entidad que contribuyó a que el contratista obtuviera posteriormente beneficios económicos por encima de lo realmente adeudado, la falta atribuida se califica provisionalmente como grave.” (Se destaca)

El 13 de septiembre de 2001 el Procurador General de la Nación, profirió fallo en Única Instancia, en que resolvió sancionar al demandante en su condición de Ex Ministro de Transporte con suspensión en el ejercicio del cargo sin derecho a remuneración por el término de 90 días, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

“(...) Al reprochársele al doctor RIZO POMBO, que en su condición de Ministro para la época de los hechos, omitiera exigir que la División de Adquisiciones y Contratos aplicara el procedimiento establecido en el literal h) del artículo 1º de la Resolución No. 004400 de 1995, es decir, que ante la imposibilidad de la suscripción de la liquidación bilateral, el grupo de liquidaciones procediera a declararla en firme mediante resolución motivada, lo que trajo como consecuencia que no firmara las actas de liquidación de los contratos 234 de 1994 y 098 de 1995, se le endilga que no ejerció el control jerárquico que le correspondía como Ministro de Transporte y Jefe de la entidad, independientemente de la competencia funcional de otras dependencias, y como consecuencia no ejerció la función de liquidar unilateralmente los contratos. (...)

Ante la no suscripción de la actas de liquidación bilateral, el Ministro debió exigir que se declarara en firme la liquidación efectuada y proceder a la liquidación unilateral como representante legal de la entidad, **teniendo en cuenta que no existe acto de delegación expresa para este evento conforme lo señala el literal i) del artículo 1º de la Resolución 004400 de 1995. (...)**

La omisión en la exigencia de la función que debía cumplir la dependencia competente y la consecuente omisión de firmar, permitió la indeterminación por parte de la entidad de los valores a su favor o a cargo de ésta, contribuyendo así a que posteriormente el contratista, apoyado en esta indefinición obtuviera beneficios económicos muy superiores a los inicialmente pactados.

El doctor RIZO POMBO no ejerció los debidos controles propios del llamado control jerárquico **consagrado en el artículo 208 de la Carta Política – dirigir la actividad administrativa – desarrollados por los numerales 4º y 12 del artículo 2º del Decreto 590 de 1993, relacionados con** exigir a la División de Adquisiciones y Contratos del Ministerio y al delegado la aplicación de los literales h) e i) del artículo 1º de la Resolución 004400 de 1995, en orden a liquidar el contrato por la vía unilateral.

Con independencia de que se haya o no delegado por virtud de una resolución, lo cierto es que, por razón del control jerárquico, le competía al Ministro, como cabeza de la entidad, exigir a sus subalternos la liquidación unilateral. (...) (Resaltado fuera de texto)

El actor impugnó el anterior proveído y la Procuraduría General de la Nación mediante providencia de 19 de abril de 2002, confirmó la responsabilidad disciplinaria del actor, determinada en el fallo de 13 de septiembre de 2001, pero modificó la sanción de suspensión de 90 días, por la de multa equivalente a 60 días de salario

por cuanto al momento de la imposición ya no estaba en el cargo, para lo cual tuvo en cuenta la siguiente argumentación:

“(...) La conducta desplegada por el disciplinado, fue de carácter omisivo; en primera instancia al no asumir su condición de jefe de la entidad y proceder a liquidar unilateralmente los contratos 234 de 1994 y 098 de 1995, ante el fracaso de la liquidación bilateral, conforme lo consagra la Ley 80 de 1993 en sus artículos 60 y 61, omisión que se concreta al no exigir a las dependencias correspondientes del Ministerio de Transporte que se cumplieran los procedimientos previstos en la Resolución No. 004400 de 1995, dirigir su voluntad a gestionar la consecución de los recursos, una vez agotada sin éxito la firma de las actas finales de liquidación, **si como dice en su escrito de reposición esta etapa no se llevó a efecto porque no existía en el presupuesto la partida necesaria y en contradicción con esta afirmación indica además que durante su permanencia en la entidad no recibió información al respecto. .**

Se ratifica el Despacho en afirmar que la Resolución 004400 de 1995 del Mintransporte, remite al Jefe de la entidad a efectuar la liquidación unilateral, y como quiera que existe la posibilidad de que este la delegue específicamente para un contrato determinado, donde para el caso no se hizo, lo que implica que quien tenía el deber funcional, legal y reglamentario de hacerlo era el Ministro RIZO POMBO, por lo que debe responder por dicha omisión.

No se le está negando al Doctor RIZO POMBO, que en su administración hubo gestiones para realizar la liquidación bilateral de los contratos, pero esta no es la conducta que se le reprocha, porque si bien es cierto el proceso quedó parcialmente ejecutado con los proyectos de actas para la liquidación bilateral, faltó realizar la segunda parte que era la unilateral ante la negación del contratista de suscribir las actas de mutuo acuerdo, cuestión ésta que es objeto de reproche disciplinario. **(...)” (Se destaca)**

Del Proceso Penal

La Fiscalía General de la Nación, mediante Auto de 26 de junio de 2001, en proceso de Única Instancia No. 4384, profirió Resolución Inhibitoria a favor del Doctor Jorge Enrique Rizo Pombo, Ex Ministro de Transporte y ordenó el archivo de las diligencias, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“4. DEL DOCTOR JORGE ENRIQUE RIZO POMBO

Se desempeñó como Ministro del Transporte en el lapso comprendido entre el 16 de junio de 1997 y el 18 de enero de 1998, y manifiesta que para dicha época no tuvo conocimiento de reclamaciones que hiciera la sociedad DRAGACOL, pues estas fueron contestadas por otras dependencias del Ministerio diferentes a su Despacho.

Al Doctor JOSÉ ENRIQUE RIZO POMBO se le ha cuestionado la demora en la liquidación de los Contratos 234 de 1994 y 098 de 1995, aunque

como Ministro y después de su retiro todavía no se había culminado dicha labor.

Según se desprende de las Actas de Entrega de las obras efectuadas por la Sociedad DRAGACOL S.A., estas fueron recibidas por el Ministro del Transporte pero no se había procedido a su liquidación, actuación que era de competencia de dependencias diferentes al Despacho del Ministro; por lo tanto, no se vislumbra que con su actuación se haya vulnerado la Ley penal, circunstancia que nos lleva a abstenerse de iniciar en su contra, investigación penal.” (Fls. 250-336)

Del Proceso de Responsabilidad Fiscal

Mediante Auto de 4 de mayo de 2000, la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, declaró la nulidad del Auto de 13 de enero de 2000 y resolvió abrir juicio fiscal al encontrar un faltante de fondos públicos por la suma de \$17.586'129.764,04.

En el numeral 7° ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal por no haber mérito para la apertura del juicio fiscal a favor del Ex Ministro de Transporte Jorge Enrique Rizo Pombo, teniendo en cuenta que:

“(…) Esta Comisión pudo establecer que efectivamente el Decreto 2171 del 30 de octubre de 1992, establece con claridad y efectivamente cuando el Doctor RIZO POMBO ejerció su Ministerio, las obras de los dos contratos en mención ya habían culminado y la función de liquidar que era lo que proseguía estaba cargo de otras dependencias diferentes al Despacho del Ministro, además no tuvo conocimiento de ninguna reclamación hecha por DRAGACOL, así las cosas y con las pruebas obrantes en el expediente y las allegadas por el Doctor RIZO POMBO, bajo su mandato, no tuvo conocimiento alguno. Toda vez que las contestaron otras dependencias y la orden de trabajo arriba descrita no fue firmada por el Ministro, por tal motivo mal puede esta Comisión imputar cargo fiscal alguno en la persona del Doctor RIZO POMBO ya que no existe prueba que comprometa su responsabilidad y su gestión no ocasionó detrimento al patrimonio estatal, tampoco existe prueba que amerite apertura de un proceso sancionatorio administrativo por cuanto con su gestión no transgredió norma alguna respecto a los dos contratos investigados por esta Comisión, por ello se ordenará el archivo del proceso de responsabilidad fiscal frente al Doctor JOSÉ ENRIQUE RIZO POMBO. (...)”

De la Acción Popular

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de 31 de mayo de 2002, expediente AP-300, M.P. Dra. Ligia López Díaz,⁴ resolvió declarar sin efectos el

⁴ Sentencia de 31 de mayo de 2002, expediente 25000-23-24-000-1999-9001-01 (AP-300), actor: Contraloría General de la República, demandado: Nación – Ministerio de Transporte – DRAGACOL S.A.

Acta de Acuerdo Conciliatorio de 6 de noviembre de 1998, suscrita entre el Ministerio de Transporte y DRAGACOL S.A. ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; en consecuencia le ordenó al Ministerio abstenerse de realizar otros pagos derivados del Acuerdo Conciliatorio y a DRAGACOL S.A. que reintegre la suma de \$13.069'569.621,01 debidamente actualizados, para lo cual le concedió el término de tres (3) meses. La Sala para proferir la anterior decisión tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

“(…) Como se observa, las pretensiones de la sociedad DRAGACOL S.A. carecían del debido sustento y más bien se tornaban en aspiraciones desmedidas y sin respaldo legal, lo cual originó los procesos fiscales, disciplinarios y penales que actualmente se adelantan.

Igualmente, se puede concluir que al momento de la firma del acuerdo de conciliación no estaban presentes las pruebas de las que se pudiera deducir la responsabilidad del Ministerio de Transporte, en las cuantías que exigía la sociedad DRAGACOL S.A., con un grave detrimento del patrimonio público y sin sustentos fácticos ni jurídicos para la misma.

De conformidad con las pruebas que obran en el proceso adelantado con ocasión de esta acción, estima la Sala que los representantes del Ministerio de Transporte, de Dragacol S.A. y el Ministerio Público desconocieron el principio de la moralidad administrativa y vulneraron el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, por cuanto está demostrado que algunos de los conceptos materia de conciliación son inexistentes, que no están probados los perjuicios reconocidos, y en consecuencia, las sumas conciliadas exceden su justo valor, además, el compromiso adquirido por DRAGACOL S.A. para desistir de las acciones, no tenía soporte. (…)”

ANÁLISIS DE LA SALA

De la Potestad Disciplinaria de la Administración Pública

La potestad disciplinaria es el deber que tienen todos los órganos e instituciones públicas de mantener y restablecer el orden, la disciplina y la moralidad que incumbe conservar a todo aquél que preste sus servicios al Estado como servidor público.

Lo anterior teniendo en cuenta que, si las funciones esenciales del Estado son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política en su artículo 2º, correlativamente, es deber de todo servidor público desempeñar sus funciones con estricto apego al bloque de legalidad ‘latu sensu’, como lo prevé el artículo 123 ibídem, al indicar que

“los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento”, además el artículo 6° del mismo ordenamiento dispone que los servidores del Estado responden por infringir la Constitución y las Leyes y por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

En sentencia C-028 de 2006, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional, al respecto, indicó:

“(…) El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del ius puniendi estatal, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad. (…)

Entonces, resulta claro que el modelo de Estado adoptado por Colombia pone de presente, en las diferentes normas constitucionales, que el cumplimiento de las finalidades básicas y fundamentales por él trazadas, se logra a través del desarrollo de las funciones públicas atribuidas a los servidores públicos y a ciertos particulares, razón por la cual, dada la indiscutible relevancia que el buen ejercicio de dichas labores reviste, se hace indispensable la instauración de un régimen de responsabilidades que garantice el efectivo desempeño de las referidas tareas. (…)

Así las cosas, debe afirmarse que el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo, cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” a que hace referencia la norma constitucional. (…)”⁵

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de 1° de octubre de 2009, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, dijo:

⁵ Sentencia C-948 de 2002.

“Como ninguna parte de la actividad de las autoridades debe estar al margen de los valores que pregona la Constitución, es apenas natural que el debido proceso se deba aplicar a todas las actividades y desde luego a la administración de las sanciones disciplinarias, porque en ellas están comprometidos derechos fundamentales de los enjuiciados. Entonces, las sanciones no se administran de cualquier modo, sino con sujeción al debido proceso, tal como éste fue concebido por el Legislador en el Código Disciplinario Único, y por tanto, sometido al examen del Juez constitucional para ver su apego a la Carta Política. (...)”

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales; en otras palabras, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa.

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la Jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa prueba haya hecho el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad.

De la Falsa Motivación

El actor alegó que existió falsa motivación en los actos acusados toda vez que los supuestos de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento a la

Procuraduría General de la Nación para adoptar la decisión de sancionar al demandante no correspondieron a la realidad fáctica ni jurídica en que ocurrieron las circunstancias.

El A-quo para acceder a las súplicas de la demanda, encontró probado el cargo de falsa motivación por considerar que al momento de la ocurrencia de los hechos el actor no era el Ministro de Transporte y por tanto no había razón para imponerle sanción alguna; por su parte el Ministerio Público en la alzada ataca únicamente éste cargo.

Por ese motivo la Sala únicamente se referirá al mismo, teniendo en cuenta que a él se encuentra circunscrita la apelación y lo hará analizando inicialmente de manera sucinta la forma en que se deben liquidar los Contratos Estatales, para luego abordar cada uno de los argumentos que dieron lugar a la imposición de la sanción.

De la Liquidación de los Contratos Estatales

En el presente caso la Ley 80 de 1993 y la Resolución No. 004400 de 6 de junio de 1994 del Ministerio de Transporte, son los presupuestos de la liquidación unilateral del contrato por parte de la Administración.

El procedimiento establecido de manera general para la liquidación de los contratos en la Ley 80 de 1993 persigue la realización de un cruce de cuentas (en principio) de común acuerdo entre las partes, que permita establecer, con certeza, si existen o no saldos a favor o en contra del contratista con ocasión de la ejecución del objeto contratado.

Dada la importancia de esta fase contractual, sólo luego de su realización podrá considerarse que se ha extinguido como tal la relación con el contratista por parte de la administración.⁶ La Ley 80 de 1993 previó en sus artículos 60 y 61 una serie de etapas y parámetros para su realización.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de abril de 1997, expediente 10608, se dijo: "(...) La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no se hicieron en ese momento. (...)"

El artículo 60⁷ ibídem señaló que la liquidación de los contratos que lo requieran deberá realizarse dentro del término para el efecto previsto en el pliego de condiciones o términos de referencia o en su defecto a más tardar antes de transcurridos cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Esta es la etapa que se conoce con el nombre de liquidación bilateral del contrato estatal, en que de común acuerdo se busca liquidar el contrato mediante un acercamiento para establecer cuáles son las sumas que han sido pagadas con ocasión de su desarrollo, y si existen saldos a favor de alguna de las partes con el fin de declararse a paz y salvo con ocasión de la labor contratada.⁸

Así mismo el artículo 61 de la Ley 80 de 1993⁹ reguló la liquidación unilateral, fase complementaria pero subsidiaria de la anteriormente descrita, mediante la cual la Administración realiza motu proprio la liquidación del contrato. Al respecto, el artículo expresamente dispuso que "si el contratista no se

7 Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, en el artículo 60, dispone:

"Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato."

8 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente 11689, indicó:

"(...) La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptibles de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza, dolo. (...)"

9 Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, en el artículo 61, dispone: "Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición."

presenta a la liquidación o las partes no llegaren a un acuerdo sobre el contenido de la misma”, se procederá a realizar este tipo de liquidación.

Además de la Ley 80 de 1993, en lo que atañe a la liquidación de los contratos del Ministerio de Transporte en particular, existe la Resolución 004400 de 6 de julio de 1995, por medio de la cual dicha Entidad fijó unos criterios adicionales para proceder a la liquidación de sus contratos. Esta Resolución está orientada a establecer los procedimientos internos y los funcionarios responsables de su cumplimiento de conformidad con la estructura funcional del Ministerio.

La Resolución 004400 de 1995 estableció, el proceso interno para la elaboración del Acta Final de Liquidación y el balance general en la respectiva liquidación de que se trate. En este sentido, para la liquidación unilateral el Ministerio de Transporte en el parágrafo del artículo primero¹⁰ estableció los requisitos para la liquidación que denominó "de oficio", en la que determinó que habría lugar a ella cuando el contratista no se hiciera presente durante el término señalado en la citación hecha por la División de Adquisiciones y Contratos, o cuando no haya acuerdo entre el contratista y el Ministerio sobre el contenido del Acta, o cuando el contratista no presente

10 Resolución No. 004400 de 6 de julio de 1995, por medio de la cual el Ministerio de Transporte reglamentó el procedimiento y fijó los requisitos para la liquidación de los contratos que celebre la Entidad, en el artículo 1° dispone:

“Establecer el siguiente procedimiento para la liquidación de los contratos celebrados por la Nación – Ministerio de Transporte, una vez ocurrido cualquiera de los eventos señalados en las normas vigentes, así: (...)

h) En el evento en que el contratista habiéndose hecho presente no suscribiere el acta final de liquidación por estar en desacuerdo con la misma o, si la suscribiere y la objetare, el Grupo de Liquidaciones procederá a declararla en firme mediante resolución motivada. Contra dicha resolución procederá únicamente el recurso de reposición.

j) En el caso de que el contratista se niegue a firmar el acta de liquidación, esta será firmada por el representante de la entidad contratante o su delegado elegido mediante resolución motivada y el interventor del contrato, quien ha sido designado mediante resolución o dentro del cuerpo del contrato.

PARÁGRAFO. En el evento en que el contratista no constituya las garantías contractualmente estipuladas, se deberá dejar constancia de este hecho en el acta de recibo definitivo.

El Grupo de Liquidaciones procederá a liquidar de oficio el contrato en los siguientes casos:

- Cuando el contratista no se hiciera presente dentro del término señalado en el literal f.
- Cuando no haya acuerdo entre las partes sobre el contenido de la correspondiente acta.
- Cuando habiéndosele solicitado al contratista la presentación de las pólizas correspondientes no lo hiciera en su oportunidad.”

las pólizas que deben amparar al Ministerio con posterioridad a la terminación del contrato.

De lo anterior se infiere que el actuar de la Administración para la realización del proceso de liquidación contractual debe ceñirse a los principios que orientan y enmarcan la contratación pública y en particular, el principio de transparencia, primero, a la realización de una etapa bilateral, de acercamiento con el contratista, y sólo fracasada ésta, la Administración procederá a hacer una liquidación unilateral del contrato.

Sobre el particular, ha expresado el Consejo de Estado que: "no debe perderse de vista que la liquidación del contrato interesa a las partes contratantes y no sólo a la administración, así la ley la haya investido de la potestad de liquidarlo unilateralmente, ya que ello sucede siempre y cuando no se logre un acuerdo con el contratista o cuando éste pese a ser requerido, no comparece a efectuarla conjuntamente con aquélla. Pero esta facultad de la administración (que es supletiva), no libera al contratista de la obligación de participar activamente en esa diligencia, ya que la responsabilidad de liquidar el contrato para definir las prestaciones a cargo de las partes, de extinguir las obligaciones surgidas del contrato y de no dejar/o en un estado de indefinición es mutua, así como lo fue celebrar/o y ejecutar/o; en otras palabras, las partes contratantes no se liberan de las obligaciones del contrato mientras no extingan las obligaciones adquiridas y el/o sólo se logra con la liquidación, en aquel/as convenciones en las que la ley o las partes la hacen imperativa." ¹¹ (Negrilla fuera de texto)

Quiere decir que no en todos los casos el grado de complejidad del contrato suscrito es el mismo, pues en muchos casos la realización del balance general del contrato conlleva la verificación de un cruce de cuentas dotado de una complejidad importante y que demanda la revisión de un sin número de aspectos de diferente orden contable que en la mayoría de las veces requiere de un tiempo amplio que garantice la corrección y precisión de sus resultados.

¹¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1365 de 31 de octubre de 2001, M.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Explicada ya, la manera en que se deben liquidar los Contratos Estatales, la Sala abordará cada uno de los argumentos que tuvo en cuenta el Ente acusado, para proferir sanción en contra del accionante, en el siguiente orden:

El Deber de Diligencia y el Cumplimiento de los Deberes Legales y Reglamentarios Respecto de la Liquidación de los Contratos 234 de 1994 y 098 de 1995

La investigación que se adelantó por la Procuraduría General de la Nación en contra del accionante, que culminó con la imposición de una sanción cuya nulidad es objeto de la actual controversia, tuvo como fundamento que el Doctor Rizo Pombo no procedió a efectuar la liquidación unilateral de los contratos 234 de 1994 y 098 de 1995, así como la omisión de exigir a la División de Adquisiciones y Contratos del Ministerio de Transporte que se aplicara el procedimiento establecido en el literal h) de la Resolución 004400 de 1995 en el sentido de liquidarlos unilateralmente.

Con relación al cargo que se analiza, la accionada indicó que "la omisión de la exigencia de la función que debía cumplir la dependencia competente y la consecuente omisión de firmar, permitió la indeterminación por parte de la entidad de los valores a su favor o a cargo de ésta, contribuyendo así a que posteriormente el contratista apoyado en esta indefinición obtuviera beneficios económicos muy superiores a los inicialmente pactados." (Fls. 32 C-2)

Frente a este punto es necesario tener en cuenta dos aspectos: de un lado, que de acuerdo con lo sostenido por la Procuraduría General de la Nación en los actos demandados en el proceso de la referencia, aplicando el cómputo simple de los cuatro (4) meses la liquidación unilateral de dichos contratos debió haberse efectuado así: para el Contrato 234 de 1994, el día 25 de mayo de 1997 y para el Contrato 098 de 1995, el día 30 de agosto de 1997, lo cual resulta ilógico, puesto que, en el caso del Contrato 234 de 1994, para el día 25 de mayo de 1997 el actor ni siquiera ostentaba aún la condición de Ministro de Transporte, por tanto era imposible proceder a efectuar liquidación alguna en ese tiempo.

Además tampoco es cierto que haya habido una indeterminación de los valores adeudados al contratista, pues mientras el actor estuvo a cargo del Ministerio de Transporte, se elaboraron las correspondientes Actas de Liquidación Nos. 004 y 005 (C-3), las cuales reconocían valores muy diferentes a los que posteriormente fueron conciliados con el contratista por otra administración.

Con el fin de probar las afirmaciones del demandante, se recibieron los siguientes testimonios:

La Doctora Amalia Ángel Guingue, quien ostentó el cargo de Secretaria General del Ministerio durante la administración del señor Rizo Pombo, sostiene que:

"(...) Durante la gestión del señor Ministro RIZO se impartieron por parte de su Despacho instrucciones precisas en cuanto a la liquidación de todos los contratos que fuera o que se encontraran en estado de liquidarse, dentro de esos contratos estaban los que se mencionan en la pregunta, para lo cual debía adelantarse una serie de gestiones (...) en mi concepto considero que nunca hubo esa negligencia por parte del señor Ministro, por cuanto hay dos elementos de juicio: el primero, que en la gestión del Ministro anterior a él se dictó una Resolución mediante la cual la liquidación de los Contratos del Ministerio de Transporte estaba en cabeza de la División de Adquisiciones y Contrato; y en segundo, dentro de las políticas que el Despacho del señor Ministro Rizo generó, si se dieron las de liquidación y depuración de los contratos que estuvieran pendientes. Si bien no hizo referencia a estos que me han venido preguntado, fue una política, una 'preocupación' del Despacho del señor Ministro, repito, en un tiempo muy corto, en una gestión muy ordenada y coordinada, el Ministerio logró la liquidación de 300 contratos." (Fls. 422-426)

De igual forma, la Doctora María Dive Sánchez Rangel, Jefe de la División de Adquisiciones y Contratos de la época, al ser interrogada sobre el mismo punto indicó que: "A mí personalmente, no lo recuerdo, pero sí se dio una instrucción a nivel de comité directivo, al cual yo no tenía acceso, por mi condición de Jefe de División, que fue transmitida por la Subdirectora Administrativa, en el sentido de depuración y liquidación de los contratos, e hicimos un trabajo yo diría que colosal (...); igualmente precisó en su declaración que: "cuando asumo la División en el año 1997, recibí

instrucciones de depurar el estado de los contratos con el fin de proceder a la liquidación de los mismos." (Fls. 403-410)

A su vez el Doctor Jorge Bernal Contreras, quien se desempeñó como Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio durante la administración del accionante, indicó que: "(...) en cuanto a la liquidación de contratos en el término de la administración del Ministro Rizo de aproximadamente 10 meses se hizo manifiesta la preocupación de depurar y liquidar los contratos que venían de anteriores administraciones y los que en el curso de la administración de que se trata entraran en la etapa de liquidación." (Fls. 452-458)

En este orden de ideas tal y como lo señalan los declarantes, no hubo negligencia o un descuido por parte del actor frente a las directrices, sino todo lo contrario porque ordenó revisar y liquidar los contratos que vencieron de otras administraciones.¹²

Sobre el particular se anota que si bien es cierto que el artículo 26 numeral 5° de la Ley 80 de 1993 prevé que: "la responsabilidad en la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o del representante de la entidad estatal quien no podrá trasladar 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", también lo es que dicha disposición debe entenderse en concordancia con el 13 de la misma Ley, que para el efecto dispone que: "los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes."

Lo anterior, en consonancia con lo previsto para la delegación del Presidente de la República, descrito en el artículo 211 de la Constitución Política que en

12 Así lo precisó la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 18 de agosto de 2011, expediente 0798-11, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila al precisar, que:

"(...) En conclusión, el referido Comité de Conciliación tiene fuente legal, existencia jurídica y recibió la adscripción de funciones concretas mediante un acto administrativo, de modo que no puede el demandante afirmar ahora de manera arbitraria y antojadiza que se trata de un órgano inocuo carente de funciones reales y por lo mismo irrelevante. (...)"

el segundo inciso indicó que "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente."

Así las cosas, no es cierto que el actor haya desatendido sus deberes jerárquicos de dirección, control y conducción de la dependencia a su cargo como lo indicó la Procuraduría General de la Nación, toda vez, que en el trámite del proceso se logró demostrar que una vez el actor tomó posesión como Ministro de Transporte y ante el atraso y abandono en que se encontraban los contratos de la entidad, ordenó ponerlos al día de manera inmediata, logrando según dan cuenta los testimonios liquidar en un solo semestre más de 200 y dejar listas las Actas de Liquidación de los contratos suscritos con DRAGACOL y que fueron desconocidas por la nueva administración ministerial.

De la Entrega de las Actas de Recibo a Satisfacción de las Obras y Elaboración de las Actas de Liquidación

Para que proceda la liquidación de los contratos, es necesario que se haya dado la finalización del mismo, lo cual implica, que éste se desarrolla en forma normal y que la Administración haya recibido a satisfacción la obra contratada.

A este respecto el Consejo de Estado, ha precisado que: "La oportunidad de realizar la entrega y recibo es una materia fáctica acordada por las partes -y no de regulación por el legislador-, la cual ha de tener lugar en la oportunidad pactada en el contrato o dentro del plazo máximo previsto en él para el cumplimiento de las obligaciones principales (5). Aquí la finalización del contrato, prevista en la ley, no equivale a la extinción de la relación contractual, la cual sólo ocurre con la liquidación del contrato, pues precisamente con la finalización de éste empieza a correr el término para la liquidación. En consecuencia, el plazo para suscribir el acta de recibo no hace parte del término para liquidarlo, pues éste no empieza a correr sino después de la finalización del mismo."¹³

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1453 de 6 de agosto de 2003.

Al respecto es preciso tener en cuenta que la Resolución 004400 de 1995 estableció en su artículo segundo que para adelantar el trámite de la liquidación por parte del Ministerio de Transporte de los contratos de obra, era necesario allegar como documentos indispensables:

- I) El Acta de Recibo Definitivo de Obra.
- II) La relación de pagos hechos al contratista.
- III) El paz y salvo administrativo.
- IV) Las pólizas del contrato.
- V) El acta final de obra.
- VI) El acta final de ajuste; documentación con la que se elabora el Acta Final de Liquidación para proceder a citar al contratista y adelantar el trámite de la liquidación bilateral.

Sobre el particular, la Doctora María Dive Sánchez Rangel, quien en su declaración sostuvo que:

"En el caso que nos ocupa, las actas de recibido a satisfacción de las obras contratadas fueron remitidas y recibidas por la División de Adquisiciones y Contratos, entre el 22 o 23 de diciembre del año 1997, prueba que si es necesario aportaré más adelante; inmediatamente se procedió a solicitar a la Pagaduría la relación de pagos proyectando las actas de liquidación de los contratos de marras identificados con los números 004 y 005 de 1998, entregados a la Oficina Jurídica entre los días 7 u 8 de enero de 1998, o sea que los términos fueron cumplidos ágilmente. Vale la pena destacar que el ex Ministro Rizo renunció a partir el 16 de enero de ese mismo año, es decir, que sólo tenía el proyecto de liquidación de contratos en la Jurídica ocho días de haber sido enviados para su revisión; no era del resorte informarle al señor Ministro el estado de liquidación de ningún contrato en especial."

Así mismo el señor Jorge Bernal Contreras, sostiene lo siguiente:

"Una vez llevado a cabo el anterior procedimiento se produjeron cuatro proyectos de actas de liquidación correspondientes a cuatro contratos suscritos entre el Ministerio de Transporte y la empresa DRAGACOL, estas actas de que se habla se materializaron entre los meses de diciembre y comienzos de enero de 1998, fecha para la cual a finales de enero el señor Ministro Rizo Pombo ya no era Ministro. Es importante detallar esta última parte del procedimiento por cuanto si bien se produjo y se llevó a cabo la liquidación de los contratos ya mencionados el acto final de legalizar las actas con el objeto de materializar el cumplimiento de la función de liquidación

no fue conocida por el Ministro RIZO POMBO, por cuanto ya no era titular de dicha cartera, sin embargo en mi condición de Jefe de la Oficina Jurídica, verifiqué e impartí la aprobación de dichos proyectos de acta, los que estructurados se remitieron a la Secretaría General de la nueva administración en cabeza del señor Ministro MARÍN BERNAL.”

Según los declarantes y las pruebas aportadas al proceso; el propósito del actor, fue el de realizar el trámite de liquidación bilateral con el contratista (agotando la etapa prevista en la Ley 80 de 1993 y la Resolución 004400 de 1995), para lo cual era necesario tener primero las Actas Finales de Liquidación; y si el mismo no llegó a su fin durante el periodo en que el Doctor Rizo Pombo estuvo a cargo del Ministerio obedece, primero, al retraso del inicio de la fase de liquidación con anterioridad a su posesión como Ministro de la época y, segundo, a que dejó de ejercer el cargo a los pocos días de haber realizado la dependencia encargada los proyectos de actas finales de liquidación.

Caso Concreto

De todo lo esgrimido en los puntos anteriores forzoso es concluir que existió una falsa motivación en los actos demandados toda vez que los supuestos de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento a la Procuraduría para adoptar la decisión de sancionar al demandante no correspondieron a la realidad fáctica ni jurídica en que ocurrieron las circunstancias, pues según se ha visto, se trata de la inexistencia de los motivos invocados para efectos de imponer la sanción de que fue objeto el accionante.

Los testigos dentro del expediente, afirman que el actor impulsó una "política" orientada precisamente a liquidar el mayor número de contratos que estuvieran pendientes de la etapa al interior de la Entidad, pero eso sí, dando pleno cumplimiento a los pasos previstos en la Ley 80 de 1993 y en la Resolución 004400 de 1995 para el efecto.

Así mismo, debe precisarse que el actor no podía adelantar la liquidación unilateral de los contratos 234 de 1994 y 098 de 1995, como quiera que no se habían surtido una serie de pasos previos para tal efecto.

De otro lado, el perjuicio patrimonial que sobrevino para la Nación como consecuencia de la celebración de la conciliación adelantada por el Ministerio con DRAGACOL el día 6 de noviembre de 1998, no fue bajo su mandato que se llevó a cabo dicha conciliación y tampoco se tuvieron en cuenta para tal efecto las Actas de Liquidación 004 y 005 referentes a los contratos aludidos elaboradas durante el periodo en que ostentó el cargo de Ministro de Transporte.

Los anteriores fueron precisamente los fundamentos que tuvo en cuenta esta Corporación en la sentencia en que decretó la nulidad de la conciliación fue precisamente el hecho de que el Ministro Cárdenas Santamaría no consultó los antecedentes existentes en la Entidad sobre estos contratos, es decir, entre otros, los elaborados durante la administración del Ex Ministro Rizo Pombo.¹⁴

Además las actas de liquidación 004 y 005 a que se ha hecho referencia, se constituyeron desvirtúan el argumento de la Procuraduría en el sentido de señalar que durante el periodo en que el actor estuvo al frente del Ministerio las obligaciones referidas a los contratos 234 de 1994 y 098 de 1995 permanecieron "indeterminadas" o "indefinidas", situación que fue ratificada por las declarantes y en particular por la persona que tenía a su cargo el adelantamiento de toda esta labor dentro del Ministerio, esto es, la Jefe de la División de Adquisiciones y Contratos del Ministerio, Doctora Maria Dive Sánchez Rangel.

Igualmente la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 7 de octubre de 2010, expediente 2419-07, M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, donde se debatió la legalidad de los actos aquí acusados en nulidad, dijo:

“(...) En el Acta de liquidación final No. 005 de 1998 y en el Acta adicional 194 de 1996, se observa que la fecha de iniciación del contrato fue el 26 de diciembre de 1994 y su vencimiento el 26 de octubre de 1996; empero, la fecha final no era definitiva ya que el contrato fue adicionado para ser prorrogado por tres meses más, es decir que la fecha de vencimiento definitiva era el 26 de enero de 1997.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2002.

Por eso, para poder liquidar el contrato se requería, como primera medida, el acta de recibo definitivo, la cual como se observa a folio 1076 del cuaderno No. 5, fue solicitada por el Director General de Transporte Fluvial del Ministerio de Transporte al Director de la Interventoría de la obra y así poder proceder a la liquidación bilateral del contrato, empero, ello sólo fue posible después de que el actor se había retirado del servicio ya que hasta el 4 de noviembre de 1997, se reunió el Ministro con el Contratista para la recepción del acta de recibo definitivo; y sólo hasta el 28 de abril de 1998, se reunieron el Jefe de la División de Adquisiciones y Contratos y el contratista para elaborar el Acta de liquidación.

De acuerdo con lo anterior dirá la Sala, que si bien en principio el Ministro de Transporte, que para el caso de autos era el señor Carlos Hernán López Gutiérrez, tenía la obligación de liquidar el Contrato No. 234 de 1994, ello debía hacerse luego de la recepción de varios documentos, a saber: original del acta de recibo definitivo, original del acta final de obra, original o fotocopia del acta final de ajuste, relación de pagos, paz y salvo administrativo y pólizas (según lo visto en el parágrafo literal j del artículo 1º de la Resolución No. 004400 del 6 de julio de 1995), documentos estos sin los cuales no podía, de ninguna manera, realizarse la liquidación unilateral del contrato ya que primero debía evacuarse la liquidación bilateral y habida cuenta de no haberse agotado esta, por sustracción de materia tampoco era realizable la liquidación unilateral, pues primero debía evacuarse la primera para así proceder a la segunda.

Se colige entonces, que como el acta de liquidación del contrato sólo se realizó el 28 de abril de 1998 la liquidación unilateral no pudo realizarla el actor, pues para ese momento él ya encontraba desvinculado de la entidad, por lo que evidentemente se escapaba de sus manos proceder a la liquidación unilateral, siendo incluso óbice para su sucesor pues por tiempos sólo hubo acuerdo para la liquidación bilateral en la fecha precitada.

En estas condiciones, se tiene que el actor no faltó a su deber de cuidado previsto en el artículo 40 de la Ley 200 de 1995, pues sencillamente no le fue posible formalizar la liquidación dado que para ello tenían que verificarse determinados pasos señalados en la Resolución 004400 del 6 de julio de 1995 que no fueron cumplidos y sin los cuales no podía efectuarse la liquidación unilateral.

Por las razones anteriores considera la Sala que ciertamente, como lo señaló el Tribunal, los actos acusados son violatorios de la legalidad de la actuación administrativa pues ellos incurrieron en la causal de falsa motivación dado que el motivo que le impidió al actor realizar el acta de liquidación fue la dificultad de efectuar la liquidación bilateral y como para tal efecto se convocó una reunión

sólo hasta el 28 de abril de 1998, le correspondía a la siguiente administración hacer que ello se cumpliera.”

Así mismo, cabe resaltar que por los mismos hechos por los que se sancionó al demandante de acuerdo con los actos administrativos acusados, la Contraloría General de la República¹⁵ decidió abstenerse abrirle un juicio de responsabilidad fiscal por no encontrar méritos suficientes para el efecto y haber constatado que el actor actuó con la diligencia, la celeridad y eficiencia que deben caracterizar las actuaciones administrativas.

Finalmente se observa que en los alegatos de conclusión, el actor solicitó el reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados al demandante con la expedición de los actos acusados. Como quiera que no fuera objeto de recurso, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno al respecto.

En esas condiciones se concluye como lo hizo el Tribunal, que la Procuraduría utilizó fundamentos errados para la imposición de sanción al demandante, razón por la cual es procedente su declaración de nulidad.

Conforme a las pruebas obrantes en el expediente se confirmará la decisión de primera instancia que accedió a las súplicas 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

CONFÍRMASE la sentencia de 10 de junio de 2010 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la

demanda incoada por José Enrique Rizo Pombo contra la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo expresado en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y, una vez en firme este proveído archívense las presentes diligencias. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

15 Contraloría General de la República, Auto de 4 de mayo de 2000, proferido por la dirección de Investigaciones Fiscales, por el cual le abrió investigación fiscal a algunos funcionarios y con relación al demandante ordenó su archivo.