

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN – Competencia para imponer sanción de destitución y suspensión a servidores públicos de elección popular

[L]a aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–, debe armonizarse con el orden jurídico interno del país. En este sentido, existe en la actualidad un criterio imperante en la Corte Constitucional, según el cual el procurador general de la Nación, en virtud de la competencia asignada directamente por la Constitución Política en el art., 277-6, es competente para suspender y destituir a los servidores públicos de elección popular que incurran en toda clase de conductas que contravengan el derecho disciplinario. [...] [L]a Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia del 15 de noviembre de 2017, al resolver el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego, interpretó el art. 23-2 de la Convención Americana CADH, y concluyó, que el procurador general de la Nación solamente tiene competencia para sancionar con suspensión a los servidores públicos de elección popular en casos de corrupción; ésta Subsección no pierde de vista, que la enunciada decisión no constituye un precedente judicial vinculante para el control de legalidad de otras decisiones disciplinarias. [...] [L]a Sala Plena en la sentencia *ut supra* y en el auto de 13 de febrero de 2018 que resolvió sobre su aclaración, determinó sin ambages, las siguientes reglas para comprender el alcance de la decisión: (i) solo tiene efectos interpartes, dado que resolvió una petición de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del art., 189 del CPACA, (ii) que «en la sentencia no se hizo ningún pronunciamiento que modulara los efectos de la decisión para fijar reglas de competencia con efectos erga omnes», (iii) el control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes del proceso. [...] También advierte la Sala, que mientras subsista en el orden jurídico, la norma que ha dado lugar a las sentencias constitutivas de precedente, la interpretación que sobre ellas ha realizado la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, permanece, y con ellas, su fuerza vinculante para todas las autoridades públicas que conforman la estructura del Estado Colombiano. [...] [L]a sentencia de Sala Plena en la que se estudió la responsabilidad disciplinaria del exalcalde Gustavo Francisco Petro Urrego, a la que se ha venido haciendo referencia, no guarda relación fáctica ni jurídica, con la situación del exalcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas; ello, porque en esa decisión la Sala se pronunció expresamente sobre la facultad del procurador General de la Nación para imponer la sanción de «destitución» consagrada en el numeral 1º del art. 44 de la Ley 734 de 2002, contexto que no tiene identidad con el presente asunto, en donde la sanción impuesta por el director del ministerio público al exalcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas, consistió en suspensión en el ejercicio del cargo, cuyo fundamento normativo es el numeral 2º del art. 44 de la Ley 734 de 2002. [...] [L]a Sala resalta, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de control de los actos de la administración, cuenta con los mecanismos para garantizar la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 25 de la Convención de Derechos Humanos CADH, y el art., 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP, toda vez que el servidor público de elección popular que se ve afectado por una sanción de destitución o medida de suspensión del cargo, tiene a su alcance el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual contempla las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso. Entre ellas, prevé la oportunidad de suspender el acto, consagra causales de nulidad que permiten el análisis de la actuación probatoria, dispone un procedimiento mixto –escritural y oral- que brinda celeridad al proceso, y el control que el juez contencioso realiza sobre los actos disciplinarios es integral. [...]

**DERECHO DISCIPLINARIO – Procedimiento ordinario, verbal y especial /
DERECHO DISCIPLINARIO – Agotamiento de la indagación preliminar /
DERECHO DISCIPLINARIO – Procedimiento especial ante el procurador**

El procedimiento ordinario, es la regla general en materia disciplinaria. (...) Se desarrolla principalmente a través de las siguientes etapas: (i) indagación preliminar (art.150), (ii) investigación disciplinaria (art.152) -en cuyo lapso se preve la facultad para el titular de la acción disciplinaria de ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público(art. 157)-, (iii) evaluación de la investigación disciplinaria y formulación de cargos (art. 161), (iv) oportunidad de los sujetos procesales para aportar y solicitar pruebas (art. 166), (v) término probatorio (art. 168), traslado para alegar de conclusión (art. 169) y fallo (art. 169 A). El procedimiento verbal (...) se aplica únicamente en los siguientes casos: (i) cuando el sujeto disciplinable es sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, esto es, en caso de flagrancia, (ii) en caso de presentarse confesión, (iii) al tratarse de falta leve, (iv) o tratarse de las faltas gravísimas establecidas de manera taxativa en el artículo 48, (v) y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos. El procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación, reglado en el art., 182 de la norma disciplinaria, procede por alguna de las conductas previstas en el num 1º del art., 278 de la Constitución Política, y cuando se trata de asuntos de competencia del procurador general de la Nación en única instancia, en los términos de la Ley 1474 de 2011. [...] [E]l agotamiento de la indagación preliminar, no es obligatoria ni imprescindible para abrir la investigación disciplinaria y procede en caso de duda sobre la procedencia de ésta. [...] [S]e tiene que la omisión de dicha etapa, no constituye una irregularidad procesal que incida sobre las garantías del derecho al debido proceso del disciplinado, ya que está contemplada fundamentalmente a favor del ente investigador, con el objetivo de precisar asuntos de la conducta a investigar y su presunto autor. [...] [C]ontrario a lo argumentado por la parte demandante, no tenía por qué tramitarse por el referido procedimiento especial, dado que, tal como se observa del contenido del auto de 11 de noviembre de 2010 y 2 de mayo de 2011, a través de los cuales se dio apertura a la investigación disciplinaria, y se profirió pliego de cargos respectivamente, la falta disciplinaria endilgada consistió en la omisión en el cumplimiento del deber «de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito» situación, que no encaja en los supuestos descritos en el inciso primero del art. 278 *ibidem*, y tampoco, en las conductas de corrupción reguladas en la Ley 1474 de 2011. [...]

**DERECHO DISCIPLINARIO – Procedimiento en única instancia ante el
procurador / DERECHO DISCIPLINARIO – Medida de suspensión provisional
del cargo**

[L]a actuación disciplinaria adelantada al señor Samuel Moreno Rojas tuvo lugar en el trámite de única instancia previsto en el numeral 22 del art., 7º del Decreto 262 de 2000, según el cual, «El procurador general de la Nación, conocerá en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten [...] contra el Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y demás miembros de su Junta Directiva, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ejercer el

cargo»(sic). [...] [D]icha competencia se ajusta al ordenamiento constitucional, por cuanto al ser la máxima autoridad del ministerio público, no tiene superior y por ende «sus decisiones solamente están sujetas a las acciones contencioso administrativas establecidas en las normas pertinentes, las cuales pueden ser ejercidas por los procesados disciplinariamente, cuando consideren que se les han vulnerado sus derechos» [...] [E]l proceso adelantado al señor Samuel Moreno Rojas en única instancia, se ajusta al orden legal y constitucional, en tanto que el fallo disciplinario en virtud del cual fue sancionado, es pasible del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual otorga las garantías propias de la tutela judicial efectiva. [...] En cuanto a las condiciones que dan origen a dicha suspensión (...) contempla dos eventos, concretamente: cuando el proceso disciplinario se adelanta por la presunta comisión de (i) faltas disciplinarias calificadas como gravísimas o graves, y cuando (ii) se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere. [L]a medida de suspensión del cargo como alcalde mayor del distrito, del señor Samuel Moreno Rojas, se ajustó a los lineamientos consagrados en el art. 157 del CDU, en cumplimiento de las garantías que dicha disposición consagra, pues como se verá más adelante, i) la medida de suspensión fue motivada, ii) contra ella se presentó el recurso de reposición, iii) el término de la medida inicial fue de tres meses, prorrogados por otros tres más, sin exceder los seis de que trata el art. 157 del CDU, y iv) el lapso mediante el cual el señor Samuel Moreno Rojas fue suspendido se descontó del término de la sanción [...]

DERECHO DISCIPLINARIO - Elementos que estructuran la responsabilidad disciplinaria / DERECHO DISCIPLINARIO – Tipicidad / DERECHO DISCIPLINARIO – Deber de vigilancia y control del Alcalde Mayor de Bogotá de las actividades desarrolladas por las entidades descentralizadas

[E]n el ámbito disciplinario el principio de tipicidad tiene una aplicación, mucho más amplia y flexible de lo que sucede con la tipicidad en el derecho penal, debido a que las normas disciplinarias carecen de un contenido completo y autónomo. De tal manera, que para definir la tipicidad de una conducta en las normas disciplinarias, se debe partir de las normas generales y remitirse a aquellas que contienen los deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función que corresponde al servidor público, y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria. [...] [E]n el ámbito disciplinario el principio de tipicidad tiene una aplicación, mucho más amplia y flexible de lo que sucede con la tipicidad en el derecho penal, debido a que las normas disciplinarias carecen de un contenido completo y autónomo. De tal manera, que para definir la tipicidad de una conducta en las normas disciplinarias, se debe partir de las normas generales y remitirse a aquellas que contienen los deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función que corresponde al servidor público, y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria. [...] [E]n lo relacionado con la concreción del deber de «asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito», la Sala considera, que éste tiene los siguientes ingredientes normativos, a saber: *i)* es un auténtico deber funcional relacionado con el principio de eficiencia de la función administrativa, *ii)* tiene lugar en el marco del principio organizacional de la descentralización, que se materializa concretamente en el ejercicio del control de tutela o control administrativo del alcalde mayor del distrito sobre las entidades descentralizadas. [...] [A]segurar las obras, implica un deber de vigilancia y control, sobre aquellas que adelanta el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, sobre las cuales tiene conocimiento directo el alcalde mayor del distrito, pues es claro, que dicho deber solo es exigible respecto de aquellos

asuntos, que requieren por su magnitud e importancia, un nivel de atención y de coordinación entre el poder central y el órgano descentralizado, mayor a lo común.

DERECHO DISCIPLINARIO – Ilícitud sustancial / ILICITUD SUSTANCIAL – Por la omisión de asegurar la construcción de las obras a cargo del Distrito

[L]os servidores públicos, en el ejercicio de los cargos para los cuales han sido nombrados deben buscar el logro del objetivo principal para el cual fueron designados en determinado empleo o cargo, cual es, servir al Estado y a la comunidad con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento. [...] [L]a ilicitud sustancial, ha sido referida jurisprudencialmente como «el ilícito disciplinario». Sobre este punto, valga señalar que la ilicitud disciplinaria se vincula con la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas. [...] [L]a sustancialidad de la ilicitud, se configuró con la vulneración de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, trasgredidos particularmente, en la omisión de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito.

DERECHO DISCIPLINARIO – Culpabilidad de la conducta / CULPABILIDAD – Modalidad dolosa en la comisión de la falta disciplinaria

Concluyó el fallador disciplinario que la conducta fue dolosa, con fundamento en lo siguiente: (...) [Q]ue el señor Samuel Moreno Rojas, conocía todas las situaciones relacionadas con la ejecución de las obras a cargo del IDU. [...] [E]xistió (...) la voluntad de omitir el cumplimiento de su deber, en cuanto que pese a que conoció las irregularidades que se presentaron en los contratos referidos en la actuación disciplinaria no hizo nada para evitarlos, manifestando una voluntad dolosa de omitir su deber. (...) al tener la obligación de asegurar las obras a cargo del Distrito, no lo hizo, pudiendo de muchas maneras hacerlo. [...] [L]a Procuraduría General de la Nación, estudió los elementos de configuración de la conducta dolosa, particularmente en cuanto se refiere a la atribuibilidad de la conducta, exigibilidad del cumplimiento del deber, conocimiento de la situación típica y conciencia de la ilicitud. Con fundamento en ello, concluyó que la conducta es imputable a título de dolo.

DERECHO DISCIPLINARIO - Proporcionalidad de la sanción / DERECHO DISCIPLINARIO - Análisis de la proporcionalidad de la sanción en el caso concreto

Estamos en presencia ante la comisión de FALTAS GRAVES DOLOSAS, en concurso homogéneo y sucesivo, que han causado un grave perjuicio a la función pública (...) Por la propia naturaleza de los hechos investigados se excluye la posibilidad de haberse resarcido a la sociedad las consecuencias nocivas del comportamiento ejecutado por el disciplinado, quien tampoco demostró con su conducta un deseo de corrección y ajuste a los cánones que informan una proba función administrativa. [...] [T]ratándose de un concurso homogéneo y sucesivo de faltas disciplinarias (...) por la Procuraduría General de la Nación se tuvo en cuenta la gravedad del comportamiento, los posibles perjuicios causados, los criterios de graduación contenidos en el Código Disciplinario Único, de manera tal, que se debe concluir que tampoco hubo desproporción de la sanción.

DERECHO DISCIPLINARIO – Decreto de pruebas / DERECHO DISCIPLINARIO – Valoración probatoria / DERECHO DISCIPLINARIO - «Imprecisión y errada aplicación de las fechas de contratación», en el caso concreto

[...] [E]l fallador disciplinario o el juez, pueden definir si se decretan o no, la totalidad de las pruebas solicitadas bajo el criterio de que solo lo útil y necesario, es fundamental en materia de pruebas. Para este efecto, deberá determinar cuáles son las pruebas pertinentes, conducentes, y procedentes para llegar al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado. [...] [E]l proceso disciplinario, adoptó el sistema de la sana crítica, y así lo incorporó en el art. 141 del CDU, el cual indica que «las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta». Valga señalar, que este sistema valorativo de la sana crítica o también llamado de *persuasión racional*, es aquel por medio del cual el fallador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. [...] La decisión disciplinaria de única instancia se fundamentó en un cúmulo de pruebas, que demostraron la responsabilidad disciplinaria del señor Samuel Moreno Rojas (...) las mismas tuvieron origen en el poder oficioso de la Procuraduría General de la Nación y en la solicitud realizada por la defensa del disciplinado. [...] [N]o existió indebida valoración probatoria (...) el ministerio público abordó los criterios de pertinencia y necesidad de la prueba, accedió a las pruebas solicitadas por la parte demandante, y les otorgó valor, atendiendo al sistema de la sana crítica. [...] Según el demandante, la Procuraduría General de la Nación desconoció que «[...] las irregularidades que se presentaron en el desarrollo de los contratos 134,135,136,137,138, fueron suscritos, comprometidos y asignados en el año 2007, fecha en la cual no se había posesionado el Dr. Samuel Moreno Rojas. [...] [E]l ministerio público no estructuró la responsabilidad disciplinaria del señor Samuel Moreno Rojas con fundamento en irregularidades presentadas en la etapa contractual de la fase III de Transmilenio como lo sugiere la defensa, sino en la omisión del control de tutela en el periodo de ejecución de los citados contratos por parte del disciplinado.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN – Competencia para suspender del cargo al alcalde mayor de Bogotá D.C. / PROCURADOR GEBERAL DE LA NACIÓN - Falta de competencia para proferir decisión de única instancia por haber sido previamente recusado.

La parte demandante sostuvo que el procurador general de la Nación carecía de competencia para imponer la sanción de suspensión al señor Samuel Moreno Rojas en el cargo de alcalde mayor, dado que dicha potestad es privativa del presidente de la República [...] [L]a Corte Constitucional en la sentencia C- 229 de 1995 (...) indicó, que la potestad otorgada al presidente de la República en virtud del precitado artículo, no opera para todos los eventos en que es necesario decretar una suspensión, por el contrario, está guardada para los asuntos taxativamente señalados en la ley. [...] Así las cosas, se advierte que coexisten las facultades de hacer efectiva la sanción de suspensión a un alcalde, de la siguiente forma: De una parte, la que corresponde al procurador general en virtud de la función de supervigilancia administrativa, de otra, la que corresponde al presidente de la República en aquellos eventos taxativamente señalados en la ley, en los cuales el alcalde actúa como agente del presidente o gobernador, como el orden público (art. 296 de la C.P) y estados de excepción (art. 38, L. 270 de 1996), o finalmente, cuando el presidente o gobernador actúan en desarrollo del deber de colaboración con las autoridades judiciales o el ministerio público. [...] [E]l procurador general de la nación tenía la capacidad jurídica para sancionar con suspensión al señor Samuel Moreno Rojas en su calidad de alcalde mayor de Bogotá, en tanto que ésta tuvo origen en la función de vigilancia disciplinaria que corresponde a dicho ente de control en virtud del art. 277-6 constitucional.

Además, no correspondía al presidente de la República la suspensión indicada, por cuanto no se trató de un asunto expresamente asignado al poder ejecutivo en aplicación de una norma expresa. Finalmente, como lo demostraron las pruebas documentales en cita, la ejecución de la sanción disciplinaria se realizó por el presidente de la república en atención a lo dispuesto en el art. 172 del código disciplinario único, en concordancia con el art. 44 del Decreto 1421 de 1993 - Estatuto Orgánico de Bogotá. [...] Basta con señalar, que la presentación de recusación genera dos tipos de consecuencias respecto de la competencia del funcionario que conoce del asunto. (...) si se acepta el impedimento o recusación se determinará el nuevo funcionario que tendrá el conocimiento del asunto, en caso contrario, de negarse, se infiere, que el funcionario acusado conserva la competencia para continuar tramitando el proceso disciplinario. Esta circunstancia, tuvo pleno efecto en el presente, dado que la viceprocuradora general de la nación al rechazar la recusación el 19 de octubre de 2011, ordenó «proseguir la ritualidad procesal como lo señala el art. 87 del Código Disciplinario único [...]». NOTA DE RELATORIA: Sobre la potestad otorgada al presidente de la República para suspender al alcalde mayor de Bogotá D.C., ver: Corte Constitucional.MP. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia de 25 de mayo de 1995.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C, cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00560-00(2128-12)

Actor: SAMUEL MORENO ROJAS

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

I. A S U N T O

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide en única instancia¹ la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho², presentó el señor Samuel Moreno Rojas en contra de la Nación, Procuraduría General de la Nación.

II. L A D E M A N D A

¹ De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² *ibidem*.

2.1. El demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación el 24 de octubre y 12 de diciembre de 2011, por medio de los cuales sancionó al señor Samuel Moreno Rojas con suspensión en el ejercicio del cargo de alcalde mayor del distrito de Bogotá por el término de 12 meses y le impuso una multa.

2.2 Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene lo siguiente:

(i) El reintegro simbólico del funcionario sancionado a su cargo, (ii) el pago de los salarios, prestaciones, y cualquier beneficio económico dejado de percibir por el disciplinado durante el tiempo de la suspensión, es decir, entre el 2 de mayo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011, (iii) el no pago, o el reintegro de ser el caso, de la multa ordenada en el fallo disciplinario, (iv) la anulación del registro en el formulario SIRI, (v) el pago de los intereses moratorios y comerciales previstos «en el art. 177 del CCA»³, (vi) se condene a la Procuraduría General de la Nación al pago de los perjuicios materiales, morales y a la vida de relación causados con los actos administrativos impugnados y «con los actos de trámite con los cuales se dispuso la suspensión provisional del señor alcalde» y, (vii) se condene en costas a la entidad demandada.

2.3 Hechos relevantes⁴

2.3.1 Samuel Moreno Rojas fue elegido alcalde mayor de Bogotá D.C., por el período constitucional 2008-2011. Encontrándose en dicha calidad, la Procuraduría General de la Nación le abrió proceso disciplinario⁵ el 11 de noviembre de 2010 y agotada dicha etapa, resolvió a través del auto de 2 de mayo de 2011 formular pliego de cargos en su contra, y suspenderlo de forma provisional por el término de tres meses⁶.

2.3.2. La formulación de cargos tuvo lugar en la presunta omisión del deber por parte del señor Samuel Moreno Rojas -de asegurar la construcción de las obras del distrito de Bogotá- relacionadas concretamente con lo siguiente: **i)** la ejecución de los contratos de la fase III de Transmilenio, **ii)** la ejecución de los contratos 071 y 072 de 2008 de los distritos de conservación de la malla vial, y **iii)** la ejecución de los contratos de valorización núm. 020,029,037,047,068 y 079 de 2009, todos ellos a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-.

2.3.3. Cumplido el término inicial de la suspensión, ésta se prorrogó por un nuevo período de tres meses -auto de 2 de agosto de 2011-.

³ Sic.

⁴ Ff., 526 - 531 del cuaderno principal.

⁵ El cual cursó con el radicado IUS 2010-375030.

⁶ Decisión que se confirmó por auto de 24 de mayo de 2011.

2.3.4 El demandante a través del escrito del 5 de octubre de 2011, recusó al procurador general de la Nación por anunciar el sentido de la decisión disciplinaria ante los medios de comunicación; no obstante, ésta se resolvió negativamente por la viceprocuradora general de la Nación el 19 de octubre de la misma anualidad.

2.3.5 El director del ministerio público, mediante decisión de única instancia de 24 de octubre de 2011, sancionó al señor Samuel Moreno Rojas con suspensión e inhabilidad especial para el ejercicio del cargo de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá por el término de doce (12) meses, contados a partir del 2 de mayo de 2011 -fecha en la que se dictó el pliego de cargos-. La misma providencia determinó que debido a que el período institucional del alcalde terminaba el 31 de diciembre de 2011, debía pagar una multa por el tiempo restante de suspensión -6 meses- por la suma de sesenta y seis millones ochocientos ochenta y ocho mil seiscientos veintitrés pesos (\$66'888.623,000).

2.3.6 El procurador general de la Nación, negó en decisión de 12 de diciembre de 2011, el recurso de reposición elevado por el señor Samuel Moreno Rojas en contra del fallo de única instancia.

2.4 Normas violadas y concepto de violación⁷.

2.4.1 A juicio del demandante, los actos disciplinarios acusados vulneraron los arts., 1º, 322, 41 transitorio de la Constitución Política, Decreto 1421 de 1993, Ley 80 de 1993, Ley 489 de 1998 y Ley 734 de 2002, para el efecto, sustentó sus señalamientos en las siguientes causales de nulidad:

2.4.2 Expedición de los actos administrativos disciplinarios con infracción de las normas en que deberían fundarse. A su juicio, la Procuraduría General de la Nación vulneró los principios de legalidad y de ilicitud sustancial contemplados en los arts., 4 y 5 de la Ley 734 de 2002, por cuanto sancionó al exalcalde de Bogotá por la omisión de un deber que no está consagrado en el ordenamiento jurídico, y además, no acreditó el incumplimiento de las funciones de dicho servidor.

2.4.3 Desconoció el régimen jurídico especial del Distrito de Bogotá DC., consagrado en los arts., 41 y 322 constitucionales, junto con las disposiciones de la Ley 80 de 1993 -arts., 4,11,12-, Ley 1150 de 2007 y el art., 5º de la Ley 489 de 1998, conforme a las cuales el Instituto de Desarrollo Urbano IDU es un establecimiento público autónomo e independiente en la celebración y ejecución de contratos, y en razón de ello, las funciones de contratar, velar por la ejecución idónea del objeto contractual y la consecuente responsabilidad de asegurar debidamente los contratos celebrados por el IDU, reside exclusivamente en el director de dicha entidad. Agregó, que el control de tutela es una función atribuida al secretario de movilidad, en calidad «de superior jerárquico del director del IDU y no al alcalde mayor», y, ni el alcalde mayor ni el consejo directivo del IDU pueden

⁷ Ff., 531-599 del cuaderno principal.

intervenir en la tramitación, adjudicación y ejecución de los contratos del ente descentralizado.

2.4.4. Expedición de los actos administrativos disciplinarios sin competencia. Para el efecto sostuvo, que el procurador general de la Nación no tenía la competencia para suspender directamente al señor Samuel Moreno Rojas del cargo de alcalde mayor de Bogotá, dado que su facultad está relacionada con solicitar al presidente de la República que imponga la medida, tal como lo dispone el art. 51 del Decreto 1421 de 1993. En igual sentido, trasgredió el art. 88 del CDU porque la viceprocuradora general de la Nación, carecía de competencia para resolver la recusación propuesta en contra del procurador, y éste funcionario tampoco era competente para decidir el recurso de reposición contra el fallo disciplinario, como quiera que había sido recusado.

2.4.5 Expedición de los actos administrativos disciplinarios en forma irregular. En su criterio, los actos administrativos disciplinarios se expidieron de forma irregular, por cuanto el ministerio público mediante auto de 10 de noviembre de 2010, abrió el proceso disciplinario con fundamento en las denuncias realizadas por los medios de comunicación, y se limitó a sustentar la decisión en el art., 153 del Código Disciplinario Único. Además de ello, omitió la aplicación del procedimiento especial descrito en el art. 182 de la ley disciplinaria.

2.4.6 Puso de presente, que el proceso disciplinario desconoció el art., 150 del Código Disciplinario Único, según el cual «la indagación preliminar no puede extenderse a hechos distintos de aquellos que fueron objeto de denuncia» por cuanto que, en el pliego de formulación de cargos no se informó cual fue el contenido de la declaración rendida por el señor Miguel Nule los días 8 y 9 de diciembre de 2009, y de qué forma relacionó la participación del señor Samuel Moreno Rojas, en las presuntas irregularidades de la contratación del distrito, vulnerándose con ello el derecho de defensa del disciplinado.

2.4.7 Violación del derecho al debido proceso. Señaló que en el proceso disciplinario se vulneró el derecho al debido proceso, en relación con la actividad probatoria desplegada por la Procuraduría General de la Nación, en atención a las siguientes irregularidades: (i) no se allegaron pruebas que comprometieran la conducta o el deber de decoro del alcalde mayor, (ii) las pruebas practicadas eran inconducentes e impertinentes en relación con los cargos endilgados al señor Samuel Moreno Rojas, (iii) el ministerio público omitió deliberadamente vincular a otros servidores públicos tanto del IDU, como miembros de la junta directiva, el secretario de movilidad, o el gerente de transmilenio y desconoció que la facultad de limitar testimonios tiene lugar cuando los hechos materia de prueba se encuentran totalmente esclarecidos al tenor de lo dispuesto en el art. 219 del C.P.C., (iv) el fallador disciplinario dispuso el traslado para alegatos de conclusión sin haber practicado la totalidad de las pruebas decretadas, desconociendo el derecho de defensa del señor Samuel Moreno Rojas. (v) argumentó que la medida de suspensión provisional fue desproporcionada y contraria al contenido del art.

157 del CDU, dado que la permanencia del señor Samuel Moreno Rojas no afectaba en nada las decisiones del IDU.

2.4.8 Expedición del fallo mediante falsa motivación. En relación con esta causal de nulidad, sostuvo que en el fallo recurrido y en el auto por medio del cual se resolvió el recurso de reposición, no se precisaron las actividades que en ejercicio del control de tutela debía llevar a cabo el secretario de movilidad respecto del director del Instituto de Desarrollo Urbano, y menos aún, las que correspondían al alcalde mayor del distrito.

2.4.9. Insistió, en que para imputar al señor Samuel Moreno Rojas una falta disciplinaria a título de dolo, era necesario que este conociera el contenido del deber presuntamente infringido, sin embargo esto no tuvo lugar en el caso concreto, dado que en ninguna disposición están reguladas las acciones que debe realizar el alcalde para asegurar el cumplimiento de las obras a cargo del IDU, o aquellas imprescindibles para ejercer adecuadamente el control de tutela.

2.4.10 La Procuraduría General de la Nación no podía asimilar -una atribución a un deber-. Así, la falta disciplinaria en el Código Disciplinario Único solo se puede imputar a partir del incumplimiento de deberes y no de la falta de ejercicio de atribuciones, facultades o poderes.

2.4.11 En el mismo sentido, indicó que si se tratara de un deber, se estaría en presencia de una obligación de resultado, lo que deviene en responsabilidad objetiva, la cual se encuentra proscrita por el Código Disciplinario Único. Además, afirmó que no es cierto que los contratos no estuvieran asegurados pues para los efectos se expidieron las pólizas respectivas.

2.4.12 Expedición del fallo disciplinario con desviación de poder. A juicio del demandante, el trámite administrativo adelantado por la procuraduría general de la Nación consistió en una persecución política dirigida a calmar los medios de comunicación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁸.

3.1.1. La procuraduría general de la Nación, en escrito presentado en oportunidad, se opuso a la solicitud de nulidad de las decisiones disciplinarias, y reiteró en forma idéntica respecto de las causales de nulidad, los siguientes argumentos:

3.1.2. La falta disciplinaria imputada al señor Samuel Moreno Rojas es típica y está debidamente consagrada en el numeral 1º del art., 34 del CDU, en

⁸ Ff., 650 - 694 del cuaderno principal.

concordancia con el numeral 3º del art., 38 del Decreto 1421 de 1993⁹ consistente en la omisión del deber de asegurar la construcción de obras a cargo del distrito, por cuanto es titular del control de tutela sobre la actividad contractual del IDU como entidad descentralizada.

3.1.3. Precisó que el Procurador y la viceprocuradora general de la Nación tienen la competencia para suspender al alcalde mayor y resolver las recusaciones presentadas contra el procurador, respectivamente, en los términos del Decreto Ley 262 de 2000 y, el art. 88 del CDU.

3.1.4. Manifestó que en el expediente obran suficientes pruebas que demuestran la inoperancia por parte del señor alcalde, quien no tomó ninguna medida tendiente a contrarrestar los efectos nocivos de las irregularidades que se presentaron en el IDU.

3.1.5 Respecto del supuesto desconocimiento del derecho de defensa por falta de práctica de pruebas legalmente decretadas, indicó que tal cargo fue objeto de análisis en la decisión de 12 de diciembre de 2012, en la cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra el fallo de primera instancia. En ella se explicaron las razones que justificaron la decisión de prescindir de algunas pruebas.

3.2. De la solicitud de Medida de suspensión provisional

Mediante auto de 28 de julio de 2014, el Consejero ponente negó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos sancionatorios.

3.3. Audiencia y fijación del litigio¹⁰.

El Magistrado ponente realizó audiencia inicial el día 3 de junio de 2015, en la cual verificó el saneamiento del proceso¹¹, advirtió que no se propusieron excepciones previas, ni ninguna otra de que trata el art., 6º del CPACA¹², y fijó el litigio de la siguiente manera:

«Definir la legalidad de los fallos disciplinarios proferidos por el señor procurador general de la Nación el 24 de octubre y el 12 de diciembre de 1912 (sic), por medio de los cuales se sancionó al señor Samuel Moreno Rojas con una suspensión y una inhabilidad especial en ejercicio del cargo de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, por un término de 12 meses. Para tal fin, entonces, será responsabilidad del despacho estudiar, analizar y establecer los cargos de nulidad endilgados por la parte actora de la siguiente manera: 1. Desviación de poder. 2. Falta de competencia. 3. Falsa motivación y falta de motivación. 4. Violación al debido proceso. 5. Violación de normas superiores legales y

⁹ Estatuto Orgánico de Bogotá.

¹⁰ Audiencia realizada el 3 de junio de 2015. Ff., 729 -736 del cuaderno principal.

¹¹ Minuto 2:48 a 3:04 del CD contentivo de la audiencia inicial, que se encuentra en el f. 729 del cuaderno principal.

¹² Minuto 3:05 a 3:25 del CD contentivo de la audiencia inicial, que se encuentra en el f. 729 del cuaderno principal.

constitucionales donde se involucra lo concerniente a la falta de una doble instancia, a la violación al debido proceso, etc.».

3.4. Alegatos de conclusión. Una vez concluida la práctica de pruebas se consideró innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, en consecuencia, por medio del auto de 12 de octubre de 2017 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4.1. La parte demandante¹³, reiteró en síntesis los argumentos expuestos en la demanda. Como argumento adicional, hizo referencia a las decisiones proferidas en procesos penales en relación con el contrato 137 de 2007, sin precisar la situación del señor Samuel Moreno Rojas, en ellos. Insistió en que no se recaudaron la totalidad de las pruebas recaudadas, y no se probó el incumplimiento de deberes por parte del alcalde mayor de Bogotá.

3.4.2. La parte demandada¹⁴. Reiteró en síntesis, los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹⁵.

3.5.1. Solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda. Argumentó que la conducta por la cual fue sancionado el señor Samuel Moreno Rojas cumple con el elemento de tipicidad, pues si bien es cierto que los arts., 53 del Decreto especial 1421 de 1993, 14 y 15 del Acuerdo 257 de 2006 determinaron que el control de tutela sobre los establecimientos públicos le corresponde a las secretarías de despacho, también lo es, que dichas normas se deben interpretar de manera armónica con el numeral 3º del art., 38 del Decreto 1421 de 1993¹⁶, que asigna «la competencia» (sic) al alcalde mayor.

3.5.2. Afirmó que la viceprocuradora general tenía la competencia para conocer de la recusación presentada en contra del señor procurador general de la nación, en virtud de lo dispuesto en los arts., 88 del Código Disciplinario Único y 17 del Decreto 262 de 2000 que permiten la intervención de esta funcionaria en los casos de impedimento y falta temporal o absoluta del director del ministerio público, razón por la cual, se aplica la misma competencia en los eventos de recusación, dada la falta de regulación expresa del Código Disciplinario Único sobre el tema.

3.5.3. Aseguró que el Procurador General de la Nación tiene la facultad para suspender al alcalde mayor de Bogotá, tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C- 229 de 1995, sin necesidad de solicitar permiso al gobernador o presidente de la República. Además en el *caso sublite*, se reunieron los requisitos que prescribe el art., 157 del Código Disciplinario Único,

¹³ Ff. 1029 -1044 del cuaderno principal.

¹⁴ Ff 1045 -1054 del cuaderno principal.

¹⁵ Ff. 1055 - 1081 del cuaderno principal.

¹⁶ Estatuto Orgánico de Bogotá.

esto es, se trató de una falta grave y el nivel jerárquico del disciplinado en la administración distrital podía afectar el curso de la investigación.

3.5.4 Adujo que el art., 31 de la Constitución Política permite que existan procesos en única instancia, bajo el entendido que se puedan interponer otros recursos o acciones procesales que garanticen una actuación ajustada a derecho. Además consideró que se demostraron los elementos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, propios de la responsabilidad disciplinaria. Por lo anterior, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV CONSIDERACIONES

4.1 Jurisdicción y competencia

4.1.1 La Sala de la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, es competente en única instancia para conocer del presente asunto, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2°, inciso 2° del art., 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se refiere a los actos expedidos por el procurador general de la Nación en ejercicio del poder disciplinario y las demás decisiones que el profiera como supremo director del ministerio público.

4.2 Del control integral de la sanción disciplinaria

4.2.1 La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de unificación¹⁷, determinó que el juez de lo contencioso administrativo ejerce un control integral sobre los actos administrativos de carácter disciplinario. En tal sentido, está habilitado no solo para ejercer el juicio de legalidad enmarcado en las causales de nulidad invocadas por la parte demandante, sino, para analizar todos aquellos aspectos sustanciales de la actuación disciplinaria, que permitan cumplir la finalidad de una tutela judicial efectiva.

4.2.2 Para precisar el alcance del control integral, en la sentencia de unificación *ut supra* se fijaron las siguientes reglas¹⁸:

i) La competencia del juez administrativo es plena, sin «deferencia especial» respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. ii) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. iii) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. iv) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. v)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto de 2016, CP. William Hernández Gómez. Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz, Radicación: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU).

¹⁸ *Ibidem*.

Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. vi) El juez de lo contencioso administrativo no solo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. vii) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. viii) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.

4.3 Cuestión previa

Competencia del procurador general de la Nación para imponer sanción de destitución y suspensión a servidores públicos de elección popular, de cara a las normas convencionales de protección de derechos humanos -artículo 23-2 de la Convención Americana-

4.3.1 La parte demandante invocó el antecedente de las medidas cautelares y de las recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH- realizó en el caso del exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego, concretamente, en que el art., 23-2 de la Convención Americana determina que la restricción o limitación de los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, solo puede llevarse a cabo mediante condena por «juez competente en un proceso penal». La Sala aclara, que aunque el citado argumento no constituyó un cargo de nulidad de la demanda, lo cierto es, que fue invocado por el apoderado del señor Samuel Moreno Rojas en el escrito de alegados¹⁹, de tal manera, que dada la importancia que dicho tema reviste, entratándose de servidores de elección popular, la Sala considera oportuno pronunciarse sobre el asunto en acápite separado y de forma previa.

4.3.2 La Sala de Subsección A, determina que el mencionado pronunciamiento no es extensible al presente, por las siguientes razones:

En primer lugar, la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH-, debe armonizarse con el orden jurídico interno del país. En este sentido, existe en la actualidad un criterio imperante en la Corte Constitucional, según el cual el procurador general de la Nación, en virtud de la competencia asignada directamente por la Constitución Política en el art., 277-6, es competente para suspender y destituir a los servidores públicos de elección popular que incurran en toda clase de conductas que contravengan el derecho disciplinario.

4.3.3 Lo anterior es así, por cuanto la Corte Constitucional ha desarrollado un precedente uniforme a través de distintos fallos de unificación de tutela, y además, ha emitido providencias con fuerza de cosa juzgada, en virtud del art., 243 de la Constitución Política; a través de las cuales fijó *grosso modo*, las siguientes reglas de interpretación sobre este asunto:

¹⁹ F. 1043 del cuaderno principal.

- (i) La Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 93 de la Constitución Política. No obstante, la confrontación de una ley, con un tratado internacional no da lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución²⁰.
- (ii) La competencia atribuida constitucionalmente al procurador general de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a quienes desempeñen funciones públicas, inclusive tratándose de cargos de elección popular, es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH-²¹
- (iii) El director del ministerio público tiene competencia para destituir, suspender e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, sin importar la naturaleza de la conducta.
- (iv) El art., 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos – CADH-, no impone una prohibición a los Estados para que en sus ordenamientos internos consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos, menos aun cuando emanan directamente de sus propias constituciones. En otras palabras, lo que hace el artículo 23 de la convención es fijar una serie de pautas bajo las cuales el legislador puede regular los derechos allí señalados, pero no establece una relación cerrada *-numerus clausus-* en cuanto a las eventuales restricciones que constitucionalmente pueden ser impuestas a su ejercicio²².

4.3.4 La Sala concluye, con fundamento en los apartes de las sentencias en cita, que las sentencias de la Corte Constitucional que ratifican la competencia del procurador general de la Nación tienen pleno efecto vinculante en el ordenamiento jurídico interno, en virtud del principio de legalidad al cual se integran las sentencias con fuerza de cosa juzgada constitucional.

4.3.5 En segundo lugar, aunque la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia del 15 de noviembre de 2017²³ al resolver el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego, interpretó el art. 23-2 de la Convención Americana CADH, y concluyó, que el procurador general de la Nación solamente tiene competencia para sancionar con suspensión a los servidores públicos de elección popular en casos de corrupción; ésta Subsección no pierde de vista, que la enunciada decisión no constituye un precedente judicial vinculante para el control de legalidad de otras decisiones disciplinarias.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 028 de 2006.

²¹ *Ibidem*.

²² Corte Constitucional, sentencia SU 712 de 2013.

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 1131-2014. C.P. Cesar Palomino Cortés.

4.3.6 En efecto, la Sala Plena en la sentencia *ut supra* y en el auto de 13 de febrero de 2018 que resolvió sobre su aclaración, determinó sin ambages, las siguientes reglas para comprender el alcance de la decisión: (i) solo tiene efectos interpartes, dado que resolvió una petición de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del art., 189 del CPACA, (ii) que «en la sentencia no se hizo ningún pronunciamiento que modulara los efectos de la decisión para fijar reglas de competencia con efectos erga omnes», (iii) el control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes del proceso.

Para reforzar todo lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo también expresó lo siguiente:

« [...] el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, no puede significar que esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que comporten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Los jueces nacionales están en la obligación de “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin” sin embargo, en ejercicio de ese control, los jueces no están facultados para declarar la invalidez de las normas, expulsándolas del ordenamiento jurídico interno [...]» (sic).

4.3.7 Para esta Sala de Subsección, los términos de la sentencia, indican que el procurador general de la Nación mantiene a plenitud la competencia consagrada en el art. 277-6 constitucional para destituir, suspender e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, y dicha competencia solo será modificada a través de los mecanismos previstos por el constituyente en el art., 374 de la Constitución Política, esto es, a través de actos legislativos, asamblea constituyente o referendo, junto con los ajustes necesarios en materia de política pública.

4.3.8. Lo anterior, explica el exhorto que realizó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la enunciada sentencia, en el cual manifestó lo siguiente:

« [...] Por las anteriores razones se acudió a la figura del exhorto para que en un plazo no superior a dos (2) años, el Gobierno Nacional, el Congreso de la República y la Procuraduría General de la Nación, dentro del marco de sus competencias, evalúen y adopten las medidas necesarias, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la CADH [...]».

4.3.9 La Sala concluye de la lectura integral de la sentencia de 15 de noviembre de 2017, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo determinó con voto mayoritario de sus integrantes, que era necesaria una modificación de las normas constitucionales que otorgan la mencionada competencia al procurador general de la Nación, para armonizarlas con el sentido y alcance del art., 23-2 de la Convención Americana, por lo que evidenció claramente, que dichas reformas pertenecen al ámbito de competencia del legislador, y no a los jueces, dado que éstos no tienen dentro de sus atribuciones reformar las disposiciones constitucionales.

4.3.10 También advierte la Sala, que mientras subsista en el orden jurídico, la norma que ha dado lugar a las sentencias constitutivas de precedente, la interpretación que sobre ellas ha realizado la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, permanece, y con ellas, su fuerza vinculante²⁴ para todas las autoridades públicas que conforman la estructura del Estado Colombiano.

4.3.11 En otras palabras, la sentencia de 15 de noviembre de 2017 que declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación con fundamento en la facultad prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, no despoja de competencia al ministerio público, en tanto continúa vigente su atribución como máxima autoridad del ministerio público, la cual emana directamente del texto constitucional.

4.3.12. Se suma a todo lo anterior, que la sentencia de Sala Plena en la que se estudió la responsabilidad disciplinaria del exalcalde Gustavo Francisco Petro Urrego, a la que se ha venido haciendo referencia, no guarda relación fáctica ni jurídica, con la situación del exalcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas; ello, porque en esa decisión la Sala se pronunció expresamente sobre la facultad del procurador General de la Nación para imponer la sanción de «destitución» consagrada en el numeral 1º del art. 44 de la Ley 734 de 2002, contexto que no tiene identidad con el presente asunto, en donde la sanción impuesta por el director del ministerio público al exalcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas, consistió en suspensión en el ejercicio del cargo, cuyo fundamento normativo es el numeral 2º del art. 44 de la Ley 734 de 2002. Este es un argumento más, que da claridad respecto de los presupuestos concretos que abordó la Sala Plena, que salta a la vista, estuvieron circunscritos a la «sanción de destitución», sin que se haya hecho referencia a la «sanción de suspensión».

4.3.13. En tercer lugar, la Sala resalta, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de control de los actos de la administración, cuenta con los mecanismos para garantizar la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 25 de la Convención de Derechos Humanos CADH²⁵, y el art., 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP²⁶, toda vez que el servidor público de elección popular que se ve afectado por una sanción de destitución o medida de suspensión del cargo, tiene a su alcance el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual contempla las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso. Entre ellas, prevé la oportunidad de

²⁴ Santofimio Gamboa Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, pág. 228.

²⁵ «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

²⁶ «Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil».

suspender el acto, consagra causales de nulidad que permiten el análisis de la actuación probatoria, dispone un procedimiento mixto –escritural y oral- que brinda celeridad al proceso, y el control que el juez contencioso realiza sobre los actos disciplinarios es integral.

4.3.14 Como un argumento más, de lo que hasta ahora se ha dicho, la Sala resalta que la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido en reciente comunicado núm. 8, de marzo 13 y 14 del presente año, refirió que declaró exequible «el núm. 1º del literal a de la Ley 734 de 2002 y núm. 1º literal a del art. 49 de la Ley 1952 de 2019», que se refieren a la terminación de la vinculación del servidor de elección como consecuencia de la destitución e inhabilidad que puede imponer la Procuraduría General de la Nación. Para el efecto, señaló tres argumentos principales. En primer lugar, que el art. 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos no prohíbe que los Estados determinen en el orden interno, cual es la autoridad administrativa encargada de limitar los derechos de los servidores de elección popular, en segundo lugar, que el constituyente otorgó la competencia en el art., 277-6 a la Procuraduría General de la Nación para limitar los citados derechos, y en tercer lugar, el legislador cuenta con un margen de apreciación para atribuir a los organismos de control del estado competencias disciplinarias que incluyan la suspensión o destitución en el ejercicio del cargo.

4.3.15 Adicionalmente a todo lo expuesto, y dado que abundan razones de orden jurídico para ratificar la competencia de la Procuraduría General de la Nación en el presente; no se puede ignorar que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de decretar o denegar la nulidad de muchas sanciones disciplinarias impuestas a servidores públicos elegidos popularmente, mediante sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada, las cuales son una expresión del «estado de derecho» propio de la tradición constitucional de Colombia. Es necesario distinguir, que el ministerio público tiene un origen democrático dada la determinación de la Asamblea Nacional Constituyente para consolidar en la estructura del Estado Colombiano²⁷, un órgano autónomo de control, independiente de las demás ramas del poder público, encargado de la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público, y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. En este orden, la competencia de la procuraduría para suspender y destituir a servidores públicos de elección popular, debe ser comprendida en su contexto de origen, como una de las herramientas dispuestas por el constituyente y el legislador para cumplir los fines del estado democrático de derecho. Pensar en contravía, sería generar un estado de cosas inconstitucionales, en donde las conductas que atenten contra la función administrativa que impliquen responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, en concreto de elección popular, queden en una zona gris, que impide su juzgamiento.

4.4 Del proceso disciplinario y la sanción

²⁷ Art., 218 de la Constitución Política.

4.4.1 El señor Samuel Moreno Rojas, fue elegido como alcalde del distrito capital de Bogotá para el periodo constitucional 2008-2011, y tomó posesión el 1º de enero de 2008.

4.4.2 El señor Miguel Eduardo Nule Velilla, rindió declaración en el marco de un proceso disciplinario diferente al presente²⁸, en la cual advirtió sobre la presunta comisión de «múltiples hechos relevantes en sede penal y disciplinaria [...] en donde al parecer han intervenido otros particulares y/o en asocio con servidores públicos pertenecientes al Distrito Capital de Bogotá, entre ellos el señor Samuel Moreno Rojas en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá» (sic)²⁹.

4.4.3 Con fundamento en lo anterior, la Procuraduría General de la Nación, mediante auto de 11 de noviembre de 2010³⁰ abrió investigación disciplinaria³¹ en contra del señor Samuel Moreno Rojas, quien se notificó personalmente de la actuación el 16 de noviembre de la misma anualidad³².

4.4.4 Mediante autos de 17 de enero³³, 9 de febrero³⁴, 1º de marzo³⁵, 4 de marzo³⁶, 8 de abril, todos de 2011³⁷, se decretó la práctica de pruebas.

4.4.5 Cumplida la etapa de investigación, el ministerio público formuló pliego de cargos mediante decisión de 2 de mayo de 2011, y en fallo de única instancia de 24 de octubre del mismo año, declaró responsable disciplinariamente al señor Samuel Moreno Rojas. El contenido de estas decisiones fue el siguiente:

Auto de formulación de pliegos de cargos de 2 de mayo de 2011.	Fallo de única instancia de 24 de octubre de 2011.
<p>Cargos³⁸:</p> <p>1. « [...] presuntamente haber omitido el deber de asegurar, en debida forma, la construcción de las obras a cargo del Distrito de Bogotá en lo que tiene que ver con la ejecución de los contratos de la Fase III de Transmilenio a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.</p> <p>[...] estaría presuntamente incurso en la falta grave, contenida en el numeral 1 del artículo 34 [...]</p>	<p>Resuelve³⁹:</p> <p>1. [...]⁴⁰</p> <p>2. « declarar probado y no desvirtuado el cargo formulado [...], por haber omitido el deber de asegurar en debida forma, la construcción de las obras a cargo del Distrito de Bogotá en lo que tiene que ver con la ejecución de los contratos de la Fase III de Transmilenio a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído. En consecuencia, se dicta FALLO SANCIONATORIO declarando</p>

²⁸ La declaración se rindió en la investigación núm. 349363-2010.

²⁹ F. 30, cuaderno 1.

³⁰ Ff. 29-35 cuaderno 1.

³¹ Radicado IUS 375030-2010

³² F. 36. Cuaderno 1.

³³ F.434 cuaderno 2,

³⁴ F 494. Cuaderno núm. 3.

³⁵ Ff. 783-784. Cuaderno núm. 4

³⁶ Ff. 834-836 Cuaderno núm 4.

³⁷ Ff. 1147-1152. Auto por medio del cual se «resuelve la solicitud de práctica de pruebas dentro de la investigación disciplinaria y se practican otras de oficio»

³⁸ Ff.1412 -1414 del cuaderno nº 6 del proceso disciplinario.

³⁹ Ff. 2679 -2684 del cuaderno nº 11 del proceso disciplinario.

⁴⁰ Hace referencia a la negación de solicitud de nulidad.

<p>2. « [...] presuntamente haber omitido el deber de asegurar la construcción de las obras a cargo del Distrito de Bogotá en lo que tiene que ver con la ejecución de los contratos 071 y 072 de 2008 de los Distritos de conservación de la malla vial a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.</p> <p>[...] estaría presuntamente incurso en la falta grave, contenida en el numeral 1 del artículo 34 [...]»</p> <p>3. « [...] presuntamente haber omitido el deber de asegurar la construcción de las obras a cargo del Distrito de Bogotá en lo que tiene que ver con la ejecución de los contratos de valorización números 020, 029, 037, 047, 068 y 079 de 2009 a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.</p> <p>[...] estaría presuntamente incurso en la falta grave, contenida en el numeral 1º del artículo 34 [...]»</p>	<p>responsable al señor SAMUEL MORENO ROJAS, en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá D.C. de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142 del Código Disciplinario Único. »</p> <p>3. « declarar probado y no desvirtuado el cargo formulado [...], por haber omitido el deber de asegurar la construcción de las obras a cargo del Distrito de Bogotá en lo que tiene que ver con la ejecución de los contratos 071 y 072 de 2008 de los Distritos de conservación de la malla vial a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído. En consecuencia, se dicta FALLO SANCIONATORIO declarando responsable al señor SAMUEL MORENO ROJAS, en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá D.C. de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142 del Código Disciplinario Único. »</p> <p>4. « declarar probado y no desvirtuado el cargo formulado [...], por haber omitido el deber de asegurar la construcción de las obras a cargo del Distrito de Bogotá en lo que tiene que ver con la ejecución de los contratos de valorización números 020, 029, 037, 047, 068 y 079 de 2009 a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído. En consecuencia, se dicta FALLO SANCIONATORIO declarando responsable al señor SAMUEL MORENO ROJAS, en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá D.C. de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142 del Código Disciplinario Único.»</p> <p>5. « en consecuencia, al corresponder las faltas disciplinarias probadas a un CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO de FALTAS GRAVES dolosas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 del CDU, en su numeral 2.º y en concordancia con el artículo 45, numeral 2º, y a los límites que para el efecto están previstos en el artículo 47, ibídem, se le impone al señor SAMUEL MORENO ROJAS, como correctivo disciplinario, la SUSPENSIÓN e INHABILIDAD ESPECIAL en el ejercicio de cargo de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá por un término de DOCE (12) MESES. [...]»</p>
--	--

4.4.6 El procurador general de la Nación, el 12 de diciembre de 2011 resolvió el recurso de reposición presentado por el disciplinado contra el fallo de única instancia, confirmando la decisión.

4.5 Problema jurídico

4.51. Consiste en determinar si las decisiones disciplinarias de 24 de octubre y 12 diciembre de 2011 por medio de las cuales la Procuraduría General de la Nación, sancionó al señor Samuel Moreno Rojas -con suspensión en el ejercicio del cargo como alcalde mayor del distrito de Bogotá- e impulso una multa, son nulas, de acuerdo con los cargos definidos en la fijación del litigio.

4.5.2 Para el efecto, la Sala seguirá el siguiente orden metodológico: (I) abordará las causales de nulidad relacionadas con las formas propias del juicio disciplinario, (II) analizará los elementos que estructuran la responsabilidad disciplinaria, y las causales de nulidad relacionadas con ellos (III) estudiará las causales de nulidad relacionadas con los aspectos sustanciales del derecho al debido proceso atinentes a la actividad probatoria, (IV) revisará el cargo de «imprecisión y errada aplicación de la fecha de contratación», (V) realizará el análisis de la causal de nulidad de falta de competencia, (VI) falsa motivación, (VII) examinará lo atinente a la causal de nulidad de desviación de poder y finalmente (VIII) la expedición del acto con infracción de las normas en que debería fundarse.

4.6 Formas propias del juicio disciplinario

4.6.1 El artículo 29 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental al debido proceso, el cual tiene aplicación en toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. Como parte integrante de dicha prerrogativa, se ubica «el derecho de toda persona a ser juzgado únicamente con base en las leyes preexistentes, ante el juez competente y con observancia de las formas propias de cada juicio»⁴¹.

4.6.2 Las formas propias del juicio, están relacionadas con las etapas del proceso definidas exclusivamente por el legislador, con fundamento en la cláusula general de competencia, particularmente, con la de expedir códigos consagrada en el num. 2º del art., 150 constitucional. El cumplimiento de estas reglas constituye la garantía de defensa y de seguridad jurídica de los sujetos disciplinados⁴².

4.6.3 En esta materia, la Ley 734 de 2002 –Código Disciplinario Único⁴³-, norma en virtud de la cual se adelantó el proceso disciplinario de carácter ordinario, al señor Samuel Moreno Rojas, consagró los siguientes procedimientos:

4.6.4 **El procedimiento ordinario**, es la regla general en materia disciplinaria, y está regulado en el Título IX, arts., 150- 171 *ibidem*. Se desarrolla principalmente a través de las siguientes etapas: (i) indagación preliminar (art.150), (ii) investigación disciplinaria (art.152) -en cuyo lapso se preve la facultad para el titular de la acción disciplinaria de ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público(art. 157)-, (iii) evaluación de la investigación disciplinaria y formulación de cargos (art. 161), (iv) oportunidad de los sujetos procesales para aportar y solicitar pruebas (art. 166), (v) término probatorio (art. 168), traslado para alegar de conclusión (art. 169) y fallo (art. 169 A).

4.6.5 **El procedimiento verbal**, está contemplado en el art., 175 *ibidem* y se aplica únicamente en los siguientes casos: (i) cuando el sujeto disciplinable es sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, esto es, en caso de

⁴¹ Corte Constitucional sentencia C-140 de 1995. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ En adelante se utilizará abreviatura CDU.

flagrancia, (ii) en caso de presentarse confesión, (iii) al tratarse de falta leve, (iv) o tratarse de las faltas gravísimas establecidas de manera taxativa en el artículo 48, (v) y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos.

4.6.6 El procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación, reglado en el art., 182 de la norma disciplinaria, procede por alguna de las conductas previstas en el num 1º del art., 278 de la Constitución Política, y cuando se trata de asuntos de competencia del procurador general de la Nación en única instancia, en los términos de la Ley 1474 de 2011.

4.6.7 Análisis del caso concreto

4.6.7.1 Expedición irregular de los actos administrativos disciplinarios. A juicio del demandante, los actos administrativos disciplinarios están viciados de nulidad por cuanto fueron expedidos de forma irregular, al desconocer las formalidades propias del procedimiento disciplinario. Concretamente, se refirió a las siguientes irregularidades:

4.6.7.1.1 (i) La indagación preliminar se extendió a hechos diferentes de los que fueron objeto de denuncia, contrariando con ello, el art. 150 del CDU., (ii) El auto de 11 de noviembre de 2010 omitió dar trámite al procedimiento especial de que tratan los art., 182 y s.s., del CDU, (iii) el proceso disciplinario se adelantó en única instancia y (iv) la medida de suspensión provisional del cargo del señor Samuel Moreno Rojas, constituyó una medida desproporcionada, por cuanto su permanencia en el cargo no afectaba en nada las decisiones del IDU.

4.6.7.1.2 (i) Análisis del cargo de nulidad consistente en que la indagación preliminar se extendió a hechos diferentes de los que fueron objeto de denuncia, contrariando con ello, el art. 150 del CDU. El demandante argumentó que la Procuraduría General de la Nación desconoció el inciso 6º del art., 150 del CDU, según el cual «La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos de los que fueron objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos [...]». Ello, porque si bien, «la indagación preliminar tuvo origen en la declaración de Miguel Nule rendida el 8 y 9 de noviembre de 2010, en la cual informó de la comisión de irregularidades cometidas entre particulares y servidores públicos», lo cierto es, que «en el pliego de cargos no se hizo ninguna referencia a tales hechos» de tal manera, que a su juicio, se debió declarar el archivo de la investigación disciplinaria.

4.6.7.1.3 La Sala observa sobre el particular, que la etapa de indagación preliminar no tuvo lugar en el proceso disciplinario adelantado al ex alcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas como erradamente lo afirma la parte demandante, dado que la Procuraduría General de la Nación mediante auto de 11 de noviembre de 2010, abrió la investigación disciplinaria de forma directa, sin agotar

dicha etapa, aplicando para tal efecto el art. 153 del CDU, el cual remite a las finalidades de dicha etapa.

4.6.7.1.4 Sobre este punto, basta con señalar, que el agotamiento de la indagación preliminar, no es obligatoria ni imprescindible para abrir la investigación disciplinaria y procede en caso de duda sobre la procedencia de ésta⁴⁴. Así lo interpretó la Corte Constitucional⁴⁵ en la sentencia C-036 de 2003⁴⁶ al manifestar, que «La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues solo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente, dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria, y la individualización o la identidad de su autor».

4.6.7.1.5. Siguiendo la argumentación de la Corte Constitucional, se tiene que la omisión de dicha etapa, no constituye una irregularidad procesal que incida sobre las garantías del derecho al debido proceso del disciplinado, ya que está contemplada fundamentalmente a favor del ente investigador, con el objetivo de precisar asuntos de la conducta a investigar y su presunto autor.

4.6.7.1.6 No obstante lo anterior, la Sala precisa que los hechos que dieron origen a la investigación disciplinaria en contra del señor Samuel Moreno Rojas, guardan relación con los cargos formulados. Así se advierte de la lectura de la actuación disciplinaria, como pasa a verse:

4.6.7.1.7 En efecto, en el auto de 11 de noviembre de 2010 se ordenó la apertura de la investigación disciplinaria, en razón a la diligencia testimonial rendida por el señor Miguel Eduardo Nule Velilla, en la cual se informó sobre la presunta comisión de múltiples hechos relevantes en sede penal y disciplinaria, en donde al parecer «han intervenido particulares en asocio con servidores públicos pertenecientes al Distrito Capital de Bogotá entre ellos, el señor Samuel Moreno Rojas en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá»(sic)⁴⁷.

4.6.7.1.8 Lo anterior guarda armonía, con lo consignado en el pliego de cargos⁴⁸ en el cual se indicó de forma expresa, que los hechos objeto de investigación estaban relacionados con lo siguiente:

«De acuerdo con el objeto referido en la providencia de apertura de investigación disciplinaria del pasado 11 de noviembre de 2010, originada en las manifestaciones vertidas por el señor Miguel Eduardo Nule Velilla, es preciso hacer una breve reseña sobre los ejes temáticos que componen la cuestión fáctica analizada en esta actuación. Dicho ámbito versa sobre el debido y eficaz ejercicio de la función pública contractual, relacionada con la ejecución de obras públicas en el Distrito Capital a cargo de las autoridades de la ciudad, en

⁴⁴ Art. 150 del Código Disciplinario Único.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 036 de 28 de enero de 2003, magistrado ponente.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 036 de 28 de enero de 2003, magistrado ponente.

⁴⁷ Ff 29-34 cuaderno 1.

⁴⁸ Ff 1271- 1415 cuaderno 6.

particular en cabeza del señor Alcalde Mayor en su condición de jefe del gobierno y de la administración», quien tiene como atribución especial «dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a cargo del distrito. Lo anterior implica el análisis especial de la génesis, evolución y estado actual en la ejecución de los contratos de obra pública en el Distrito Capital donde hayan intervenido empresas vinculadas con el denominado grupo empresarial NULE y además, de aquellos otros en los cuales se pueda observar la presunta existencia de conductas relevantes en sede disciplinaria, cuya exigibilidad funcional se pregone del burgomaestre distrital. En este orden de ideas, los contratos de obra pública analizados son: 1) el contrato n° 137 de 2007 fase III de Transmilenio, lo que obliga al análisis de los restantes suscritos para la implementación del sistema de transporte masivo por el importe corredor vial de la carrera 10ª [...] los contratos 071 y 072 de 2008 de los denominados distritos de la malla vial y 3. Los contratos originados en los recursos de valorización referidos en el Acuerdo del Concejo de Bogotá 180 de 2005[...]» (sic)⁴⁹.

4.6.7.1.9 Valga aclarar, que la Procuraduría General de la Nación explicó al demandante al resolver el recurso de reposición contra la decisión de primera instancia⁵⁰; que la declaración del señor Miguel Eduardo Nule Velilla⁵¹, solamente se tuvo en cuenta «como causa de inicio de la presente actuación», sin que se le haya otorgado mérito probatorio para imputar los cargos al señor Samuel Moreno Rojas.

De conformidad con todo lo expresado, la Sala concluye que no prospera el cargo de nulidad.

4.6. 7.2 (ii) Análisis de la irregularidad relacionada con la omisión de dar trámite al procedimiento especial de que tratan los artículos 182 y siguientes del Código Disciplinario Único-

4.6.7.2.1 Según el demandante, la Procuraduría General de la Nación incurrió en la expedición irregular del auto de 11 de noviembre de 2010⁵², porque no adelantó la investigación disciplinaria al señor Samuel Moreno Rojas bajo el trámite del procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación previsto en el art. 182 del CDU, siendo éste el precedente para las conductas previstas en el num 1º del art., 278 de la Constitución Política.

4.6.7.2.2 Para la Sala, este cargo no está llamado a prosperar, toda vez que la investigación disciplinaria bajo estudio está relacionada con la omisión en el cumplimiento del deber descrito en el -num 3º del art., 38 del Decreto 1421 de 1993- por parte del alcalde mayor de Bogotá y no, con las faltas disciplinarias consagradas en el numeral 1º del art. 278 de la Constitución Política.

4.6.7.2.3 En efecto, el art 182 del CDU consagra un procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación, que procede según la descripción legal, para dos eventos concretamente:

⁴⁹ F. 1274.

⁵⁰ F. 3004 de la actuación disciplinaria

⁵¹ Proceso disciplinario diferente al presente.

⁵² Que declaró la apertura de la investigación disciplinaria

4.6.7.2.4 El primero de ellos, cuando el funcionario investigado disciplinariamente incurre en alguna de las conductas previstas en el art. 278-1 de la Constitución Política⁵³, a saber: «infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo».

4.6.7.2.5 El segundo evento, nació a la vida jurídica en virtud del art. 60 de la Ley 1474 de 2011⁵⁴, conforme a la cual se determinaron medidas administrativas, penales y disciplinarias, para purgar las conductas de corrupción de los servidores públicos. En ese preciso ámbito del derecho disciplinario se dispuso por el legislador, ampliar el procedimiento especial y por ello adicionó al citado art., 182, que «el procurador general de la Nación también podrá aplicar este procedimiento especial en los casos en que su competencia para disciplinar sea en única instancia».

4.6.7.2.6 En este orden de ideas, la investigación disciplinaria adelantada al señor Samuel Moreno Rojas, contrario a lo argumentado por la parte demandante, no tenía por qué tramitarse por el referido procedimiento especial, dado que, tal como se observa del contenido del auto de 11 de noviembre de 2010 y 2 de mayo de 2011, a través de los cuales se dio apertura a la investigación disciplinaria, y se profirió pliego de cargos respectivamente, la falta disciplinaria endilgada consistió en la omisión en el cumplimiento del deber «de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito» situación, que no encaja en los supuestos descritos en el inciso primero del art. 278 *ibidem*, y tampoco, en las conductas de corrupción reguladas en la Ley 1474 de 2011.

La Sala con fundamento en lo expuesto, niega el presente cargo.

4.6.7.3 (iii) Vulneración del derecho a la doble instancia, por haber sancionado al señor Samuel Moreno Rojas en proceso de única instancia.

4.6.7.3.1 Aunque el presente cargo no hizo parte del escrito de la demanda, si fue objeto de fijación del litigio⁵⁵, por tal razón, la Sala aborda su estudio.

4.6.7.3.2 Para resolver se tiene en cuenta, que el art.,31 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho a la doble instancia, en cuanto determina que «Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley», sin embargo, como se advierte de la redacción del mandato constitucional, dicha prerrogativa no es absoluta y puede ser objeto

⁵³ Ver al respecto la sentencia C- 982 de 2002. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁴ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

⁵⁵ Audiencia de fijación de litigio minuto 47,00-48-37. Cd. F. 729 cuaderno principal.

de excepciones por parte del legislador, en uso de la cláusula general de competencia asignada directamente por el num 2 del art., 150 de la Constitución Política.

4.6.7.3.3 Ahora, si bien el legislador está facultado para crear excepciones a la regla general de la doble instancia, ello está supeditado a que el ordenamiento jurídico, ofrezca en su lugar, garantías de protección del derecho al debido proceso, en sus elementos integrantes del derecho de defensa y acceso a la administración de justicia. Así lo expresó la Corte Constitucional en su momento:

« [...] 5.4.2.2. La restricción de la doble instancia debe respetar las garantías del debido proceso, el derecho de defensa, la justicia, la equidad y no debe negar el acceso a la administración de justicia. En este sentido, deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia. Esto significa, ha dicho la Corte, que “un proceso de única instancia no viola el debido proceso, siempre y cuando, a pesar de la eliminación de la posibilidad de impugnar la sentencia adversa, las partes cuenten con una regulación que les asegure un adecuado y oportuno derecho de defensa»⁵⁶.

4.6.7.3.4. En el asunto bajo examen, se advierte, que la actuación disciplinaria adelantada al señor Samuel Moreno Rojas tuvo lugar en el trámite de única instancia previsto en el numeral 22 del art., 7º del Decreto 262 de 2000⁵⁷, según el cual, «El procurador general de la Nación, conocerá en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten [...] contra el Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y demás miembros de su Junta Directiva, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ejercer el cargo»(sic).

4.6.7.3.5. Valga señalar, que la Corte Constitucional se pronunció precisamente en la sentencia C-429 de 2001, respecto de la única instancia en aquellos eventos que conoce directamente el procurador general de la Nación, y señaló, que dicha competencia se ajusta al ordenamiento constitucional, por cuanto al ser la máxima autoridad del ministerio público, no tiene superior y por ende «sus decisiones solamente están sujetas a las acciones contencioso administrativas establecidas en las normas pertinentes, las cuales pueden ser ejercidas por los procesados disciplinariamente, cuando consideren que se les han vulnerado sus derechos»⁵⁸.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254A de 29 de marzo de 2012, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretel Chajub.

⁵⁷ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

⁵⁸ Sentencia C- 429 de 2001.

4.6.7.3.6 Así también dispuso, que de conformidad con la constitución «toda persona investigada tiene derecho a impugnar los fallos disciplinarios condenatorios. Sin embargo, ello no excluye *per se* los procesos de única instancia, pues la impugnación no implica obligatoriamente que el fallo sea apelable sino que el condenado pueda acudir -por medio de cualquier recurso- ante una autoridad con capacidad de revisar la decisión, como sería en este caso, la justicia contencioso administrativa»⁵⁹.

4.6.7.3.7 Bajo los anteriores lineamientos, se tiene entonces, que el proceso adelantado al señor Samuel Moreno Rojas en única instancia, se ajusta al orden legal y constitucional, en tanto que el fallo disciplinario en virtud del cual fue sancionado, es pasible del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual otorga las garantías propias de la tutela judicial efectiva⁶⁰, entre ellas, las siguientes:

- i) Es un medio de control, que asegura el acceso a la administración de justicia, al cual acuden las partes, en igualdad de condiciones.
- ii) Se trata de un procedimiento jurisdiccional, que consagra causales de nulidad que tienen relación directa con la valoración probatoria⁶¹.
- iii) El procedimiento prevé la oportunidad de solicitar la suspensión del acto administrativo acusado, a través de las medidas cautelares de que trata el art. 229 y ss., del CPACA.
- iv) El control que realiza el juez de lo contencioso administrativo, es integral.

4.6.7.3.8 Así las cosas, dado que se cumplen en el presente, las condiciones señaladas por la Corte Constitucional *ut supra*, la Sala concluye que el cargo no está llamado a prosperar.

4.6.7.4 (iv) La medida de suspensión provisional del cargo del señor Samuel Moreno Rojas, constituyó una medida desproporcionada, no ajustada a los presupuestos del art. 157 del CDU.

4.6.7.4.1 A juicio del demandante, el ministerio público suspendió al señor Samuel Moreno Rojas en el ejercicio del cargo como medida provisional, sin cumplir los presupuestos del art. 157 del CDU, toda vez que su permanencia en el cargo no implicaba ninguna intervención en las actividades del IDU.

4.6.7.4.2 Con el propósito de determinar si le asiste razón al demandante, es necesario aclarar en que eventos procede dicha medida.

4.6.7.4.3 En efecto, el art. 157 del CDU, consagró expresamente que el funcionario que adelanta la investigación disciplinaria puede ordenar

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Al respecto ver sentencia C- 500 de 2014.

⁶¹ Violación del derecho de audiencia y defensa, infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo, falsa motivación.

motivadamente la suspensión provisional del servidor público, durante la etapa de investigación disciplinaria o el juzgamiento.

4.6.7.4.4 En cuanto a las condiciones que dan origen a dicha suspensión, el inciso primero, contempla dos eventos, concretamente: cuando el proceso disciplinario se adelante por la presunta comisión de (i) faltas disciplinarias calificadas como gravísimas o graves, y cuando (ii) se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

4.6.7.4.5 Esta disposición fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C- 450 de 2003. La Corte Constitucional consideró que las causales de suspensión se ajustaban al orden constitucional; la primera, porque el legislador buscó «circunscribir la medida a conductas muy lesivas de los bienes jurídicos tutelados por el derecho disciplinario», de tal manera que la suspensión procede en aquellas respecto de las faltas gravísimas consagradas en el art. 48 de la Ley 734 de 2002, o para aquellas conductas calificadas por el fallador disciplinario como graves⁶².

4.6.7.4.6 En lo referente a la segunda causal, la Corte refirió en el mismo pronunciamiento que existen solo tres causas que podrían justificar que el funcionario que adelanta la investigación o el juzgamiento, ordene la suspensión provisional del servidor, a saber:

- (a) Que permanecer en el cargo, función o servicio posibilite la interferencia del servidor en el trámite de la investigación.
- (b) Que permanecer en el cargo, función o servicio permita la continuación de la comisión de la falta por la que se le investiga o juzga.
- (c) Que permanecer en el cargo, función o servicio permita que se reitere la falta por la que se le investiga o juzga.

4.6.7.4.7 A juicio del Tribunal Constitucional, estas causales se justifican, a fin de garantizar que el proceso disciplinario se adelante sin ningún tipo de interferencias, asimismo, el legislador buscó evitar que se repita la falta que originó la investigación disciplinaria, buscando eliminar la posibilidad de que los deberes y funciones protegidos por el orden jurídico vuelvan a ser afectados por la conducta del servidor investigado.

4.6.7.4.8 Ahora, a fin de evitar medidas arbitrarias por parte del fallador disciplinario, el legislador previó ciertas garantías a favor del disciplinado.

- i) En primer lugar, la **orden de suspensión debe ser motivada y es susceptible de revocatoria**. Ello quiere decir, que los motivos sobre los que el funcionario fundó la orden de suspender provisionalmente al servidor, también constituyen el fundamento único de la medida, por lo

⁶² *Ibidem*.

que desaparecer los motivos, la suspensión puede ser revocada en cualquier momento.

- ii) En segundo lugar, **prevé la responsabilidad personal del funcionario que decide la suspensión provisional.**
- iii) En tercer lugar, **consagra garantías procesales como el recurso de reposición y consulta.**
- iv) Y finalmente, la medida de suspensión tiene una **duración determinada junto con sus prórrogas**, esto es, que el servidor podrá estar suspendido hasta por un período de tres meses, prorrogables por otros tres. De ser necesaria la continuación de la medida por más de seis meses, para su prórroga el legislador exige que el proceso disciplinario que se adelanta, sea éste de única o de primera instancia, ya haya sido fallado. En tal caso, la suspensión provisional podrá prorrogarse nuevamente pero sólo hasta por tres meses más.

De otra parte, el legislador ha previsto que en caso de que el proceso disciplinario adelantado finalice con sanción de suspensión o de suspensión e inhabilidad, el lapso durante el cual el servidor estuvo provisionalmente suspendido, será computado como parte del tiempo ordenado en la sanción.

Con fundamento en los lineamientos que preceden, se realizará el análisis del caso concreto.

4.6.7.4.9 Análisis del caso concreto

4.6.7.4.9.1 La Sala evidencia, que la medida de suspensión del cargo como alcalde mayor del distrito, del señor Samuel Moreno Rojas, se ajustó a los lineamientos consagrados en el art. 157 del CDU, en cumplimiento de las garantías que dicha disposición consagra, pues como se verá más adelante, i) la medida de suspensión fue motivada, ii) contra ella se presentó el recurso de reposición, iii) el término de la medida inicial fue de tres meses, prorrogados por otros tres más, sin exceder los seis de que trata el art. 157 del CDU, y iv) el lapso mediante el cual el señor Samuel Moreno Rojas fue suspendido se descontó del término de la sanción. Así se concluyó del estudio del expediente disciplinario lo siguiente:

- En efecto, el ministerio público mediante auto de 2 de mayo de 2011, profirió pliego de cargos en contra del exalcalde de la capital de la República, y en el mismo acto ordenó la suspensión por el término de 3 meses⁶³. Esta medida la soportó fundamentalmente, en que los

⁶³ Numeral 4º de dicha disposición.

comportamientos endilgados están relacionados con la omisión de un deber constitutivo de falta grave⁶⁴ y en la trasgresión de los principios de la función administrativa consagrados en el art. 209 de la Constitución Política⁶⁵.

- Adicionalmente a lo anterior, el ente de control tuvo en cuenta que las obras públicas en ejecución de la fase III de Transmilenio presentaban para la fecha « los mismos problemas e inejecuciones, exclusión de objetos contractuales [...] la suscripción de contratos adicionales en cuantías importantes [...] que evidencian que a la fecha la inacción del investigado como jefe de la administración pública ha comportado serios compromisos que afectan no solo las arcas del Distrito Capital, sino que las obras no se hayan entregado en su momento oportuno, padeciendo la ciudadanía atrasos que trascienden a más de 17 meses de atraso a las fechas inicialmente proyectadas»(sic)⁶⁶.
- En igual sentido, consideró que era procedente la medida de suspensión «sobre el estado actual de la ejecución de los contratos de los Distritos de Malla Vial 071 y 072 de 2008 los incumplimientos de las firmas contratistas y la inacción de las autoridades públicas para precaver los enormes perjuicios acarreados no solo en la movilidad de la ciudad, sino en el derecho de locomoción y disfrute del espacio público [...]. Ante tal panorama, hoy no existe conducta activa y positiva de parte del burgomaestre distrital para que tal suerte de cosas cesen en forma pronta o, cuando menos, se mitiguen las consecuencias nocivas de la paralización de obras en los referidos contratos en muchos frentes de trabajo que hoy deberían estar activos»(sic)⁶⁷
- En la misma línea el ente de control, se refirió a los contratos de obra pública financiados con los recursos de valorización previstos en el Acuerdo 180 de 2005[...] es indudable que el panorama avizorado desde el mes de junio de 2010 por parte de la Contraloría Distrital en la revisión en los sitios de las obras sobre el incumplimiento constante y reiterado de los contratistas y la ausencia de actividad eficaz de las autoridades públicas para hacer exigibles sus obligaciones no dista mucho de su estado actual [...] donde no hay una actividad por parte del alcalde mayor para solucionar tal situación, lo que resulta en verdad muestra de su comportamiento omisivo en temas que desde 2009 se tenían que asumir con decisiones prontas para conjurar la crisis observada hoy sobre el incumplimiento en la entrega de las obras públicas contratadas pese al giro de importantes recursos del erario a los contratistas»(sic)⁶⁸

⁶⁴ F. 1409.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ F. 1410.

⁶⁷ F.1410.

⁶⁸ F. 1411.

- También se observa que, contra la citada decisión el demandante presentó recurso de reposición, mediante escrito de 6 de mayo de 2011⁶⁹, en el cual invocó la aplicación de una providencia judicial a título de precedente⁷⁰, concretamente en lo relacionado con la improcedencia de estudiar el dolo en la medida provisional. El recurso se resolvió desfavorablemente por la Procuraduría General de la Nación mediante auto de 24 de mayo de 2011⁷¹, al considerar que el caso invocado no guardaba relación fáctica con el del señor Samuel Moreno Rojas y además, que el estudio de la culpabilidad fue provisional, sin que se indicara en esta fase que el comportamiento había sido doloso⁷².
- La medida de suspensión se prorrogó por una sola vez, por el término de tres meses, mediante decisión de 2 de agosto de 2011⁷³.
- Finalmente, se constata que el lapso de 6 meses que duró suspendido el señor Samuel Moreno Rojas, se descontó del término de sanción de 12 meses, tal como se indicó en el numeral quinto del fallo de única instancia⁷⁴.

4.6.7.4.9.2 Visto lo anterior, concluye la Sala que la suspensión de medida provisional en el caso *sub lite*, se dictó en cumplimiento de las causales y las garantías dispuestas en el art. 157 del CDU, en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar.

4.7 Análisis de los elementos que estructuran la responsabilidad disciplinaria, y las causales de nulidad relacionadas con ellos. Para imponer sanción disciplinaria, es necesario acreditar, el cumplimiento de los siguientes elementos: 4.7.1) Tipicidad, 4.7.2) Juicio de adecuación de la conducta 4.7.3) Antijuridicidad o ilicitud sustancial, 4.7.4) Culpabilidad, 4.7.5) proporcionalidad de la sanción. La Sala de Subsección analizará a continuación cada uno de ellos.

4.7.1 La Tipicidad de la conducta

4.7.1.1 El escrito de demanda se fundamentó principalmente en que la Procuraduría General de la Nación vulneró con los actos administrativos enjuiciados, los principios de legalidad y tipicidad, por cuanto sancionó al señor Samuel Moreno Rojas en calidad de alcalde mayor del distrito de Bogotá, por una conducta atípica puesto que- dicho deber o bien no existe en el orden jurídico, o en caso de existir, corresponde al secretario de movilidad o al director del -IDU-.

4.7.1.2 Para resolver es necesario precisar, que el juicio disciplinario está guiado por los principios rectores del derecho fundamental al debido proceso, legalidad,

⁶⁹ F. 1426.

⁷⁰ Se refirió a la sentencia del 7 de septiembre de 2005, radicación núm. 50001-23-31-000-2005-00298-01. Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

⁷¹ Ff. 1518-1563.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Ff. 1955-1966

⁷⁴ Ff. 2681-2682.

tipicidad, reserva de ley y proporcionalidad. El principio de legalidad tiene origen constitucional en los arts., 29, 122, 123 y 124, y legal, en el art. 4º de la Ley 734 de 2002. Es una garantía para el disciplinado según la cual, la conducta objeto de sanción, la sanción misma, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición deben estar expresa y claramente definidos por la ley, de forma previa a la sanción⁷⁵.

4.7.1.3 En cuanto al principio de tipicidad, éste hace parte esencial del principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» y está relacionado con la obligación que tiene el legislador, de describir de forma clara, completa, e inequívoca los hechos punibles o las infracciones disciplinarias que busca sancionar. La Corte Constitucional ha señalado que el principio de legalidad, persigue las siguientes finalidades: (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer, (ii) que el texto predeterminado tenga origen en la ley, (iii) salvaguarda la seguridad jurídica de los ciudadanos, (iv) protege la libertad individual, (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa y, (v) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder sancionador del estado⁷⁶.

4.7.1.4 Es importante resaltar, que en el ámbito disciplinario el principio de tipicidad tiene una aplicación, mucho más amplia y flexible de lo que sucede con la tipicidad en el derecho penal, debido a que las normas disciplinarias carecen de un contenido completo y autónomo. De tal manera, que para definir la tipicidad de una conducta en las normas disciplinarias, se debe partir de las normas generales y remitirse a aquellas que contienen los deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función que corresponde al servidor público, y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria.

4.7.1.5 Esta forma de entender la tipicidad de la conducta a través de la remisión a normas complementarias, se conoce como el método de los tipos en blanco o normas abiertas, que consiste precisamente -en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras-⁷⁷.

4.7.1.6 De otra parte, se ha aceptado por la jurisprudencia constitucional, que los deberes o faltas disciplinarias, también pueden estar constituidos por conceptos jurídicos indeterminados, entendidos «como aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas»⁷⁸.

4.7.1.8 Para la doctrina, el concepto jurídico indeterminado – se localiza al lado del tipo de regulación legal, en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar para el caso concreto, el

⁷⁵ Corte Constitucional Sentencia C- 030 de 2012

⁷⁶ Corte Constitucional Sentencia C- 030 de 2012.

⁷⁷ Corte Constitucional Sentencia C--404 de 2001.

⁷⁸ Corte Constitucional Sentencia C 030 de 2012.

contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del mismo-⁷⁹

4.7.1.9. Finalmente, la Corte Constitucional ha interpretado que en materia disciplinaria el fallador goza de una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables, toda vez que por regla general, las faltas disciplinarias deben ser objeto de complementación o determinación a partir de la lectura sistemática de un conjunto de normas jurídicas que desarrollan deberes, mandatos y prohibiciones⁸⁰

4.7.1.10 La Sala con fundamento en el marco conceptual expuesto, procede al análisis de los elementos de la conducta imputada al señor Samuel Moreno Rojas, a fin de determinar, si ésta es constitutiva de falta disciplinaria.

4.7.1.11 Análisis de los elementos del tipo disciplinario

4.7.1.12 El ministerio público determinó que el señor Samuel Moreno Rojas en su calidad de alcalde mayor del distrito de Bogotá incurrió en falta grave, porque omitió el cumplimiento del deber consagrado en el numeral 1º del art. 34 de la Ley 734 de 2002, en complemento con el numeral 3º del art. 38 del Decreto especial 1421 de 1993- Estatuto Orgánico de Bogotá-, cuyo tenor literal es el siguiente:

Art. 34. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en: [...] **las leyes, los decretos**, las ordenanzas, **los acuerdos distritales** y municipales [...]).».

Art. 38. Son atribuciones del alcalde mayor:

«[...]

4. Dirigir la acción administrativa y **asegurar** el cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y **la construcción de las obras a cargo del distrito**. [...]).».

4.7.1.13 La Sala considera, respecto del contenido de estas disposiciones lo siguiente:

- El numeral 1º del art. 34 *ut supra*, consagra un deber general afirmativo para todos los servidores públicos, «de cumplir y hacer cumplir que se cumplan los deberes [...]).».
- El verbo rector de la conducta consagrada en el num., 3 del art. 38 del Decreto 1421 de 1993, es **asegurar** que según la Real Academia Española de la Lengua significa «preservar o resguardar de daño a alguien o algo⁸¹.

⁷⁹Santofimio Gamboa Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad externado de Colombia, pág, 476, cita que realiza de Hartmut Maurer. Elementos del Derecho Administrativo Alemão.

⁸⁰ Sentencia C-030 de 2012.

⁸¹ <https://dle.rae.es/?id=3wrkyXf>

- Es un tipo disciplinario abierto, esto es, que para su definición, requiere ser interpretado de manera sistemática con otras normas que consagran deberes, obligaciones y funciones de los servidores públicos, para el caso concreto, de aquellas previstas para el alcalde mayor del distrito de Bogotá en la constitución, la ley, los decretos o acuerdos distritales, entre otros.
- El incumplimiento de los deberes constituye falta disciplinaria en los términos de los arts., 23⁸² y 50⁸³ de la Ley 734 de 2002.
- Se trata de un tipo disciplinario de mera conducta, por cuanto el desvalor del acto de -omitir el deber de asegurar las obras a cargo del distrito-, no requiere para su configuración un resultado.

4.7.1.14 Ahora, en lo relacionado con la concreción del deber de «asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito», la Sala considera, que éste tiene los siguientes ingredientes normativos, a saber: *i)* es un auténtico deber funcional relacionado con el principio de eficiencia de la función administrativa, *ii)* tiene lugar en el marco del principio organizacional de la descentralización, que se materializa concretamente en el ejercicio del control de tutela o control administrativo del alcalde mayor del distrito sobre las entidades descentralizadas. A continuación, la Sala explicará cada uno de ellos.

4.7.1.15 i) Asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito, es un deber funcional que corresponde al alcalde mayor del distrito de Bogotá, en su calidad de máxima autoridad administrativa, que materializa el principio de eficacia de la función administrativa.

4.7.1.16 Desde el punto de vista deóntico, -el deber de cumplir y hacer cumplir, los deberes consagrados en las diferentes disposiciones jurídicas-, está relacionado con la obligación que tienen las autoridades públicas de contribuir a la realización de los fines del Estado, particularmente, con la correcta marcha de la administración pública, dado que es a través de dicho acatamiento, que ésta toma forma y se materializa.

4.7.1.17 La dogmática del derecho administrativo, determina que entre el servidor público y el Estado se genera una relación especial de sujeción «nacida con el acto de aceptación del cargo y toma de posesión, la cual se justifica, en el respeto y la observancia, que las autoridades públicas deben tener por el ordenamiento jurídico. De tal manera, que cualquier acción u omisión mediante la cual se

82 . La Falta disciplinaria. «Art. 23. Constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas y comportamientos previstos en este código que conlleven el incumplimiento de deberes [...]»

83 Faltas graves y leves. «art. 50. Constituye falta disciplinaria grave leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código».

infrinjan las normas que regulan el debido desempeño de sus funciones, amerita sanción disciplinaria»⁸⁴.

4.7.1.18 En este sentido, una interpretación sistemática del numeral 3º del art. 38 del Decreto 1421 de 1993, a la luz de las normas constitucionales permite colegir que se trata de una función atribuida al alcalde mayor como máxima autoridad administrativa del distrito. Así se advierte del contenido del art., 315 de la Constitución Política según el cual son atribuciones de los alcaldes del país, entre otras, dirigir la acción administrativa de los municipios para asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo. Estas mismas atribuciones están asignadas al alcalde mayor del distrito de Bogotá, en virtud del Decreto especial 1421 de 1993, adicionada, con la atribución de asegurar las obras a cargo del distrito.

Art. 38. Son atribuciones del alcalde mayor:

«[...]

3. Dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a cargo del distrito.

[...]».

4.7.1.19 En igual sentido el art. 35 *ibidem*, dispone que –El Alcalde Mayor de Bogotá es el jefe de gobierno y de la administración distritales y representa legal, judicial y extrajudicialmente al distrito capital-.

4.7.1.1.20 Se suma a lo anterior, que el num.3º del art. 38 del Decreto 1421 de 1993, está ubicado en el Título III denominado «Alcaldía Mayor», el cual recoge desde su art., 35 hasta el 52, el régimen jurídico del alcalde, en tanto consagra las calidades, **atribuciones**, elección, inhabilidades, incompatibilidades, faltas, revocatoria, destitución, entre otros. Lo cual permite advertir, que la citada disposición está integrada a un grupo de disposiciones, que de manera sistemática y ordenada regulan un solo asunto.

4.7.1.1.21 Una lectura integral, del art. 38 del Decreto especial 1421 de 1993, permite constatar que el término –atribuciones- que da título a la citada disposición, implica en sí mismo el otorgamiento de un -deber funcional- por cuanto contiene el listado de funciones propias del cargo, que implican la representación del estado a nivel distrital, a través de las cuales se desarrolla la función pública. Veamos:

Decreto 1421 de 1993. Art. 38 Atribuciones. Son atribuciones del Alcalde Mayor:

1. Hacer cumplir la Constitución, la ley, los Decretos del Gobierno Nacional y los acuerdos del Concejo.	11. Conceder licencias y aceptar la renuncia a los funcionarios cuyos nombramientos corresponda al Concejo Distrital, [...]
2. Conservar el orden público en el Distrito y tomar las medidas necesarias para su restablecimiento cuando fuere turbado [...]	12. Presentar al Concejo los proyectos de acuerdo sobre el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del Distrito.
3. Dirigir la acción administrativa y asegurar el	13. Colaborar con el Concejo para el buen

84. Corte Constitucional sentencia C- 819 de 2006.

cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a cargo del Distrito.	desempeño de sus funciones y presentarle un informe anual sobre la marcha de la administración.
4. Ejercer la potestad reglamentaria [...]	14. Asegurar la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales del erario y decretar su inversión con arreglo a las leyes y acuerdos.
5. Cumplir las funciones que le deleguen el Presidente de la República y otras autoridades Nacionales.	15. Adjudicar y celebrar los contratos de la administración central, de conformidad con la ley y los acuerdos del Concejo. [...]
6. Distribuir los negocios según su naturaleza entre las secretarías, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas.	16. Velar porque se respete el espacio público y su destinación al uso común.
7. Coordinar y vigilar las funciones que ejerzan y los servicios que presten en el Distrito las entidades Nacionales, en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República.	17. Colaborar con las autoridades judiciales de acuerdo con la ley.
8. Nombrar y remover libremente los secretarios del despacho, los jefes de departamento administrativo, los gerentes de entidades descentralizadas, el Tesorero Distrital y otros agentes suyos. [...]	18. Dictar los actos y tomar las medidas que autoricen la ley y los acuerdos municipales en los casos de emergencia e informar al Concejo sobre su contenido y alcances.
9. Crear, suprimir o fusionar los empleos de la administración central, [...]	19. Ejercer de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del presente estatuto, las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a los gobernadores. [...]
10. Suprimir o fusionar las entidades distritales de conformidad con los acuerdos del Concejo.	20. Cumplir las demás funciones que le asignen las disposiciones vigentes.

4.7.1.1.22 Del listado anterior, se tiene que la acción administrativa del alcalde mayor, se desarrolla a través de las atribuciones que implican el ejercicio del poder político, de la potestad reglamentaria y de autoridad administrativa.

4.7.1.1.23 Para autores como Gabino Fraga, la actividad del estado es «el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar tales fines»⁸⁵

4.7.1.1.24 En este sentido, al referirse al campo de la actividad del estado a través del servidor público, dicha atribución se concreta en el ejercicio de funciones creadas por voluntad expresa del constituyente y del legislador, y son, en último, las que delimitan lo que puede o no hacer el servidor público⁸⁶.

4.7.1.1.25 La Sala considera con fundamento en todo lo anterior, que el **-deber de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito-**, cobra precisión, a partir de la interpretación sistemática del término -asegurar- con la función constitucional y legal del alcalde, de actuar como máxima autoridad administrativa del distrito, la cual está vinculada indudablemente, con el contenido de los principios que guían la función administrativa descritos en el artículo 209 de la Constitución Política, particularmente, el principio de eficacia en los actos de la administración.

⁸⁵ Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México 1999, pág. 13.

⁸⁶ Ibidem.

4.7.1.26 En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que la eficacia es -una cualidad de la acción administrativa, en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo⁸⁷-implica el logro de los resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los órganos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales.⁸⁸

4.7.1.27 Este principio se materializa en casos como el *sub lite* relacionados con obras a cargo de un ente descentralizado, en el deber de vigilancia y control, o ahora denominado control administrativo. Ello en atención a la autonomía, que es propia a estas entidades y que excluyen todo control jerárquico.

4.7.1.28 En este sentido, asegurar las obras, implica un deber de vigilancia y control, sobre aquellas que adelanta el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, sobre las cuales tiene conocimiento directo el alcalde mayor del distrito, pues es claro, que dicho deber solo es exigible respecto de aquellos asuntos, que requieren por su magnitud e importancia, un nivel de atención y de coordinación entre el poder central y el órgano descentralizado, mayor a lo común.

4.7.1.29 Para la Sala un entendimiento adecuado de la disposición, exige aclarar que el pluricitado deber, debe entenderse bajo la óptica del control de tutela o control administrativo del alcalde mayor, en calidad de máxima autoridad administrativa, y no como parte, en los contratos de obra que adelanten las entidades descentralizadas. Lo anterior, por cuanto es claro, que en virtud de la autonomía que corresponde a las entidades descentralizadas están facultadas para celebrar los contratos de la entidad con plena autonomía, sin que requieran aprobación o autorización del poder central.

4.7.1.30 ii) El deber de asegurar la construcción de las obras, tiene lugar en el marco del principio organizacional de la descentralización, y se materializa concretamente en el ejercicio del control de tutela o control administrativo del alcalde mayor del distrito sobre las entidades descentralizadas.

4.7.1.31 La Sala a continuación, realizará un breve análisis del marco jurídico del distrito de Bogotá, en aras de definir el alcance del control administrativo que realiza el alcalde mayor sobre las obras realizadas por el IDU.

4.7.1.32 Marco Jurídico del Distrito Capital de Bogotá.

4.7.1.33 El Distrito de Bogotá tiene un orden jurídico distinto a los demás municipios de Colombia⁸⁹, debido a su condición de capital del país. Esta situación

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-826 de 2013.

⁸⁸ Corte Constitucional sentencia T- 733 de 2009.

⁸⁹ El acto legislativo 3 de 1905 dispuso que Bogotá tendría la categoría de distrito capital, dependiente directamente del gobierno nacional, no obstante, mediante la Ley 65 de 1909, se le catalogó como distrito especial, retirando la categoría de capital. Con posterioridad, a través del

se explica según la doctrina –por el gigantismo urbanístico, la llegada de multitudinarias gentes de diferente procedencia, y por constituir la sede de las autoridades del orden nacional–⁹⁰.

4.7.1.34 La Constitución Política de 1991 en el art. 41 transitorio dispuso que el gobierno nacional tendría dos años a partir de la promulgación de la nueva constitución, para expedir el régimen jurídico del distrito capital previsto en los arts., 322 a 327 *ibidem*, de tal manera que en virtud de dichas facultades especiales se expidió el Estatuto Orgánico de Bogotá contenido en el Decreto 1421 de 1993.

4.7.1.35 De esta manera, el régimen político, fiscal y administrativo del distrito capital es el que determina la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios (art., 322 C.P). En armonía con ello, las competencias que son propias al distrito, se desarrollan en primera instancia a través del marco organizacional dispuesto por la Constitución Política de 1991, en particular y en lo que interesa al presente caso, respecto del modelo de república unitaria, descentralizada y con autonomía de las entidades territoriales que consagra el art. 1º *ibidem*.

4.7.1.36 La descentralización se ha entendido como la facultad «que se le atribuye a determinadas entidades públicas para gobernarse por sí mismas, mediante el otorgamiento de funciones específicas que son ejercidas autónomamente»⁹¹ y se desarrolla a través de diferentes clases, a saber: la descentralización territorial, la descentralización por servicios y la descentralización por colaboración.

4.7.1.37 En lo pertinente al caso *sub lite*, la descentralización por servicios implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada.

4.7.1.38 En Colombia este tipo de competencias se desarrolla a través de las denominadas entidades descentralizadas, que al tenor de lo dispuesto por el art. 68 de la Ley 489 de 1998 son las siguientes: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta, superintendencias administrativas, empresas oficiales de servicios públicos, o demás que autorice la ley-. Las características de estas entidades, es que desarrollan su actividad con autonomía financiera y administrativa y bajo el control del poder central, también llamado -control de

Decreto Legislativo 3640 de 1954, se confirmó de manera definitiva que Bogotá sería el Distrito Capital de la República, y a su vez, capital del Departamento de Cundinamarca, en este acto se anexaron a Bogotá los municipios de Fontibón, Bosa, Usme, Suba, Usaquén y Engativá. Esta categoría especial se ratificó por la ley de facultades extraordinarias -Ley 33 de 1968-, que permitió la expedición del Decreto 3133 del mismo año, en el cual se confirmó la adhesión de los municipios ya citados.

⁹⁰ Rodríguez Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Pág., 236.

⁹¹ Rodríguez Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. Décimo Quinta Edición, 2017. Pág, 29.

tutela- o más recientemente control administrativo como lo nombra el art.103, título XV de la Ley 489 de 1998.

4.7.1.39 Ahora bien, la Corte Constitucional ha interpretado que la «autonomía» de las entidades descentralizadas, no significa «autarquía», pues si bien el ente autónomo está facultado para desarrollar sus propios intereses, esta actividad encuentra límites en la ley. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional⁹²:

«La autonomía inherente a la descentralización, supone la gestión propia de sus intereses, es decir, la particular regulación de lo específico de cada localidad, pero siempre dentro de los parámetros de un orden unificado por la voluntad general bajo la forma de Ley. Es decir, la normatividad propia está en armonía con la ley general del Estado, ya que la parte se ordena al todo, así como lo específico está comprendido dentro de lo genérico»⁹³.

4.7.1.40 Sobre esta materia concluyó la Corte «que la autonomía está relacionada con la coherencia de la actividad del ente descentralizado con los lineamientos generales del poder central, en tanto la autarquía implica una concurrencia de órdenes que rompe con el modelo de estado unitario y lo transforma en estado compuesto, de modo que no hay un interés general unitivo, sino compuesto»⁹⁴.

4.7.1.41 El control de tutela o control administrativo sobre las entidades descentralizadas. Concepto. Es aquel que ejerce el poder central sobre las entidades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios⁹⁵.

4.7.1.42. Según la doctrina⁹⁶ la definición clásica, tradicional de tutela en el derecho administrativo, se debe a los profesores Maespetiol y Laroque, para quienes la tutela es el conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos con el fin de proteger el interés general⁹⁷.

4.7.1.43 En Colombia, el control de tutela como elemento de la descentralización, tuvo origen en el artículo 7º del Decreto 1050 de 1968, el cual denominó como control o tutela gubernamental «al conjunto de instrumentos y medidas que

⁹² Corte Constitucional. Sentencia C- 216 de 1994.

⁹³ ibidem

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Rodríguez Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. Décimo Quinta Edición, 2017. Pág, 37.

⁹⁶ En un primer inicio el término de tutela referido al control sobre las entidades descentralizadas tuvo origen en el derecho francés cuando -el comisario de gobierno Le Vavas seur de Precourt en el juicio “Carlier et Voirot contre Ville d’Alger”, afirmaba en 1887 que -es necesario que los contratistas y empresarios que contraten con los municipios sepan que lo hacen con incapaces-, de esta manera surge el concepto ligado a la figura de tutela sobre los incapaces propia del derecho civil. ÁLVARO TAFUR GALVIS, Las entidades descentralizadas. Bogotá. Ediciones Rosaristas. 1974. pp. 61-82.

⁹⁷ Tafur Galvis Alvaro Las entidades descentralizadas. Bogotá. Ediciones Rosaristas. 1974. pp. 61-82.

respecto de las entidades descentralizadas ejercitan las autoridades centrales, con la finalidad de controlar su actividad y lograr su coordinación con la política general que haya adoptado el mismo gobierno»⁹⁸.

4.7.1.44 La Corte Constitucional⁹⁹ consideró que la transferencia de competencias que realiza el poder central a las entidades descentralizadas no indica una separación total entre estas entidades, sino que ésta se desarrolla a través de diversos mecanismos como la política propuesta por el nivel central, el nombramiento de los directores de las entidades, y la representación del poder central en los consejos directivos. Así lo expresó el Tribunal Constitucional precisamente al referirse sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 489 de 1998¹⁰⁰:

«De esta manera, la autonomía para la gestión de los asuntos que son de competencia de los entes funcionalmente descentralizados no es absoluta, sino que se ejerce dentro de ciertos parámetros que de un lado emanan de la voluntad general consignada en la ley, y de otro surgen de la política general formulada por el poder central. Así, el control de tutela usualmente comporta el doble aspecto de la legalidad y la oportunidad de la actuación administrativa. Diversos mecanismos hacen posible ejercer este doble control, como pueden ser, entre otros, la capacidad nominadora de las autoridades centrales respecto de los cargos directivos en la entidad descentralizada, la presencia de representantes de este poder en los órganos directivos del ente funcionalmente descentralizado, la operancia del recurso de apelación por la vía gubernativa, el mecanismo del veto mediante la exigencia del voto favorable de la autoridad central, o los demás que el legislador en su libertad configurativa determine o se establezcan en los estatutos de las respectivas entidades.

Todo lo anterior permite concluir que entre nosotros la descentralización por servicios siempre ha tenido como presupuesto una relación que implica un poder de supervisión y orientación que se ejerce para la constatación de la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector, y que es llevado a cabo por una autoridad sobre otra, o sobre una entidad, control que el constituyente avaló cuando acogió esta forma de organización administrativa. Por ello no resulta extraño ni contrario al espíritu de la Carta, que la ley hable de que los representantes legales de las entidades descentralizadas tengan un superior inmediato, tal y como lo hace la norma sub examine. Ello no supone que dicho superior ejerza un control jerárquico, en su noción clásica, como lo afirma el demandante, consideración sobre la cual estructura su acusación. Significa tan solo, que ese superior inmediato ejerce el control administrativo propio de la descentralización»¹⁰¹.

4.7.1.45 Titularidad y finalidad del control de tutela o control administrativo.

En la actualidad, el control de tutela o ahora denominado control administrativo,

⁹⁸ ibidem pp. 61-82.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 727 de 21 de junio de 2000, magistrado ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia C – 727 de 21 de junio de 2000, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

sobre las entidades descentralizadas, está regulado en los arts., 103 a 105 de la Ley 489 de 1998, la cual determina, quien es el titular y cuál es la finalidad del control, así mismo establece la prohibición de autorizar o aprobar actos a través del control administrativo. El tenor literal de estas disposiciones es el siguiente:

«**Ley 489 de 1998. Artículo 103.** Titularidad del Control. El Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y los ministros y directores de Departamento Administrativo, ejercerán control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública.

Artículo 104. Orientación y Finalidad. El control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los ministros y directores de los departamentos administrativos se orientará a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente ley y de conformidad con los planes y programas adoptados.

Artículo 105. Control Administrativo. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades.

No obstante, se exceptúa de esta regla el presupuesto anual, que debe someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la Ley Orgánica de Presupuesto [...]».

4.7.1.46 Control de tutela- control administrativo- del alcalde mayor de Bogotá sobre las entidades descentralizadas -Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-.

El Instituto de Desarrollo Urbano se creó por el Concejo Distrital de Bogotá mediante el Acuerdo 19 del 6 de octubre de 1972 como «un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente». Fue organizado precisamente, para atender la ejecución de las obras públicas de desarrollo urbanístico ordenadas dentro del plan general de desarrollo¹⁰² y se le asignó entre otras funciones «ejecutar obras relacionadas con los programas de transporte masivo»¹⁰³.

4.7.1.47. Mediante el Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre de 2006¹⁰⁴, se consagró que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU formaría parte del sector administrativo de coordinación de movilidad del distrito¹⁰⁵, adscrito a la Secretaría de Movilidad¹⁰⁶. La misión de este sector es «garantizar la planeación, gestión, ordenamiento, desarrollo armónico y sostenible de la ciudad en los aspectos de tránsito, transporte, seguridad e infraestructura vial y de transporte»¹⁰⁷.

¹⁰² Art. 2, *ibidem*.

¹⁰³ Numeral 5, art 2, *ibidem*.

¹⁰⁴ «Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones».

¹⁰⁵ Art. 45, *ibidem*.

¹⁰⁶ Art. 107 *ibidem*.

¹⁰⁷ Art. 104 *ibidem*.

4.7.1.48. Ahora, el Acuerdo 001 del 3 de febrero de 2009¹⁰⁸ determinó que dicho establecimiento público contaría en su organización interna con órganos superiores de dirección y administración, regulados de la siguiente manera:

«[...]

Artículo 10.- Organos superiores de dirección y administración. La Dirección y administración del Instituto de Desarrollo Urbano estará a cargo del Consejo Directivo y del Director (a) General.

Artículo 11.- Consejo Directivo. El Consejo Directivo del Instituto de Desarrollo Urbano es el órgano rector de las políticas de la Entidad.

Artículo 12.- Integración del Consejo Directivo. El Consejo Directivo del Instituto de Desarrollo Urbano estará integrado por El Alcalde Mayor o su delegado, que será el Secretario Distrital de Movilidad, quien la presidirá, y seis (6) miembros más designados libremente por el Alcalde Mayor.

El Director (a) General del Instituto de Desarrollo Urbano asistirá a las reuniones del Consejo Directivo, con voz pero sin voto.

Actuará como Secretario del Consejo Directivo quien ejerza las funciones de Secretaría General de la entidad.

Parágrafo.- Las actuaciones del Consejo Directivo y de la Dirección General del Instituto de Desarrollo Urbano, se sujetarán a lo establecido en el Capítulo XIII, de la Ley 489 de 1998.»(sic).

[...]

Artículo 28.- Nombramiento y remoción del Director (a) general del Instituto de Desarrollo Urbano. El Director (a) General del Instituto de Desarrollo Urbano será nombrado y removido libremente por el Alcalde Mayor.

Artículo 29.- Funciones generales del Director (a) general del IDU. El Director (a) General del Instituto de Desarrollo Urbano, tendrá las siguientes funciones generales:

- a) Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la entidad.
- b) Suscribir los actos administrativos.
- c) Ejercer la Ordenación del gasto.
- d) Celebrar los contratos y convenios necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad.
- e) Ejercer la potestad nominadora.
- f) Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones o programas de la entidad y de su personal.
- g) Rendir informes generales o periódicos y particulares al Alcalde Mayor y al Comité Sectorial de Movilidad y al Consejo Directivo, sobre las actividades desarrolladas, la situación general de la entidad y las medidas adoptadas que puedan afectar el curso de la política de gobierno.
- h) Las definidas en el Acuerdo del Consejo Directivo que establece la Estructura Organizacional del Instituto de Desarrollo Urbano.
- i) Además de las definidas en estos Estatutos y demás normas legales vigentes, las que no se hallen expresamente atribuidas a otra autoridad y que correspondan al objeto social de la entidad.

¹⁰⁸ «Por el cual se expiden los estatutos del Instituto de Desarrollo Urbano del IDU».

[...]».

4.7.1.49. En este orden, corresponde al consejo directivo dirigir y formular las políticas de la entidad, en tanto el director general funge como el representante legal de esta, celebra en su nombre los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y funciones. El nombramiento y remoción de este funcionario corresponde el alcalde mayor del distrito.

4.7.1.50. Se infiere igualmente, que la facultad de nombramiento y remoción respecto de los directores de las entidades descentralizadas por servicios corresponde a una función constitucional de los alcaldes al tenor del núm., 3º del art. 315 de la Constitución Política, según el cual los directores de los establecimientos públicos del orden distrital, son de libre nombramiento y remoción del alcalde mayor. Es función del alcalde « [...] **nombrar y remover** a los funcionarios bajo su dependencia y a **los gerentes o directores de los establecimientos públicos** y las empresas industriales y comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes».

4.7.1.51 Se infiere de los lineamientos legales en precedencia, que el alcalde mayor del distrito, tiene la atribución de nombrar y remover al Director del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, facultad que se traduce en uno de los mecanismos para ejercer el control y vigilancia sobre dicha entidad, y también integra el consejo directivo de las entidades descentralizadas bien sea de forma directa o a través de su delegado que es en todo caso, el secretario de movilidad del Distrito.

4.7.1.52 Consejo de Gobierno Distrital y los Comités Sectoriales

4.7.1.53 Tal como se indicó en párrafos precedentes, los entes descentralizados pese a que gozan de autonomía y presupuesto propio, deben desarrollar las políticas del poder central, y una de las formas para hacer seguimiento al cumplimiento de dicho cometido, es a través del denominado Consejo de Gobierno Distrital y los Comités Sectoriales, regulados para el distrito de Bogotá mediante el Decreto 505 de 2007.

4.7.1.54 Según esta disposición, -el Consejo de Gobierno es la máxima instancia de adopción y formulación de la política macro del Distrito Capital, y es el escenario de coordinación de su ejecución, en desarrollo de sus facultades como autoridad de planeación del Distrito Capital conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 152 de 1994-¹⁰⁹. Este organismo de planeación está presidido por el alcalde mayor del distrito y por todos los secretarios del ente territorial, -incluido el secretario de movilidad-,¹¹⁰ que son a la vez quienes presiden los comités sectoriales. En cuanto a su funcionamiento se reúne de forma ordinaria una vez al mes, y extraordinariamente cada vez que el alcalde mayor lo convoque¹¹¹.

¹⁰⁹ Art. 1º, Decreto 505 de 2007.

¹¹⁰ Art. 2º *ibidem*.

¹¹¹ Art. 3º *ibidem*.

4.7.1.55 Los comités sectoriales de desarrollo administrativo -son la instancia de articulación para la adopción y formulación de políticas y estrategias de los Sectores administrativos de coordinación, y el escenario para el seguimiento a su ejecución-. Cumplen las siguientes funciones¹¹²:

- i). Adoptar y formular las políticas del sector.
- ii). Articular la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos sectoriales, a cargo de las entidades que integran el sector.
- iii). Verificar el cumplimiento de las políticas de desarrollo administrativo y de las que se adopten por el sector administrativo respectivo¹¹³.

4.7.1.56 Valga resaltar, que los enunciados comités están integrados¹¹⁴ por el secretario de despacho del respectivo sector, quien los preside y con los directores del sector central y gerentes o jefes de las entidades del sector descentralizado que estén adscritos o vinculados a la secretaría respectiva.

4.7.1.57 Cabe señalar finalmente, que el art. 16 del Decreto 505 de 2007, dispuso que el Comité Sectorial de Desarrollo Administrativo de Movilidad, estaría integrado por el/la Secretario(a) Distrital de Movilidad, quien lo preside, por el Director(a) de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, por el Director(a) del Instituto de Desarrollo Urbano, por el Gerente de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A., por el Gerente del Terminal de Transporte y por el Gerente Liquidador del Fondo de Educación y Seguridad Vial - FONDATT en Liquidación.

4.7.1.58 La Sala concluye, con fundamento en los lineamientos constitucionales y los contenidos de la Ley 489 de 1998, del Acuerdo 001 del 3 de febrero de 2009, y del Decreto 505 de 2007, que el deber de asegurar la construcción de las obras del cual es titular el alcalde mayor del distrito, se concreta de la siguiente manera:

- Se trata de un deber funcional vinculado con el principio de eficacia de la función administrativa.
- Se realiza a través del control de tutela o control administrativo sobre las entidades descentralizadas, el cual se materializa a través de los siguientes mecanismos: 1. Facultad de nombrar o remover a los directores de los entes descentralizados, 2. hacer parte de los consejos directivos de las entidades de forma directa o a través de su delegado.
- El titular del control es el alcalde y los secretarios o directores de la entidad descentralizada.
- El control de tutela o control administrativo tiene como finalidad –asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector se cumplan en consonancia e integración con las

¹¹² Art. 4º *ibidem*

¹¹³ *ibidem*.

¹¹⁴ Art. 5º *ibidem*.

políticas gubernamentales y de conformidad con los programas adoptados, en los términos de los arts., 104 y 105 de la Ley 489 de 1998.

- Los consejos de gobierno y los comités sectoriales, son una instancia para que el gobierno central en cabeza del alcalde mayor realice la planeación y seguimiento de las políticas que corresponden a cada campo de la administración del distrito, es un mecanismo de articulación de las políticas gubernamentales y la actividad que respecto a estas desarrollan los entes descentralizados.

4.7.1.59 Con fundamento en todo lo anterior, la Sala analizará, si en el presente caso, la conducta del señor Samuel Moreno Rojas, se subsume en la adecuación típica de la falta grave por incumplimiento del deber consagrado en el numeral 3º del art. 38 del Decreto especial 1421 de 1993. Para tal efecto, se estudiarán las pruebas con fundamento en las cuales la Procuraduría General de la Nación impuso la sanción disciplinaria al exalcalde de Bogotá.

4.7.2 Juicio de adecuación de la conducta - pruebas recaudadas y valoradas en la actuación disciplinaria.

4.7.2.1 La Sala observa del contenido del acto sancionatorio de única instancia, que el ministerio público formuló al disciplinado Samuel Moreno Rojas falta grave por el incumplimiento del deber de asegurar la construcción de las obras, concretamente, con referencia a las siguientes: A) Fase III de Transmilenio, B) contratos 071 y 072 de la malla vial arterial, C) construcción de obras por concepto de valorización -Acuerdo 180 de 2005-.

4.7.2.2 A continuación, se abordará el contenido de cada una de ellas. Los cuadros indican la clase de contratos, y las irregularidades encontradas por la Procuraduría General de la Nación. Al final de cada obra, se hará referencia a las pruebas que soportaron los cargos imputados por el ministerio público.

A). Fase III de Transmilenio

4.7.2.3 El objetivo principal de la fase III de Transmilenio era la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y de las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26-avenida Jorge Eliecer Gaitán-, y la carrera 10 -Avenida Fernando Mazuera-, al sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá D.C¹¹⁵. Esta fase se desarrolló en la etapa inicial a través de los contratos de consultoría 129 y 133 de 2005 y con fundamento en ellos, el desarrollo de las obras se realizó en los siguientes cinco contratos a saber: 134-07, 135-07, 136-07, 137-07, 138-07. Sobre éstos, el ministerio público determinó el hallazgo de las siguientes irregularidades:

OBRA	IRREGULARIDADES
------	-----------------

¹¹⁵ folio 1299.

Fase III de Transmilenio	<ol style="list-style-type: none"> 1. La falta de estudios y diseños para iniciar las obras y el no cumplimiento de los plazos inicialmente previstos para culminarlas. 2. La celebración y ejecución de los contratos por obras de valorización que se hicieron por la vía de los contratos adicionales a los contratos de la fase III de Transmilenio. 3. La falta de control y de la oportuna intervención en la ejecución del contrato 137 de 2007 que ocasionó detrimento patrimonial.
---------------------------------	--

4.7.2.4 Para atribuir la responsabilidad disciplinaria del señor Samuel Moreno Rojas en la fase III de Transmilenio, la Procuraduría General de la Nación tuvo en cuenta principalmente pruebas documentales, como a continuación pasa a explicarse:

- **La falta de estudios y diseños para iniciar las obras y el no cumplimiento de los plazos inicialmente previstos para culminarlas.**

4.7.2.5 La autoridad disciplinaria asignó mérito a los contratos relacionados con los estudios y diseños para la fase III de Transmilenio, particularmente a los contratos de Consultoría número 129 y 133 de 2005, cuyo objeto consistía respectivamente en «La elaboración a precio global fijo sin ajuste de LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA TRONCAL CARRERA 10 DE AVENIDA VILLAVICENCIO (CALLE 34A SUR) A CALLE 28 Y CARRERA 7 DE CALLE 28ª CALLE 31 EN BOGOTÁ D.C.» (sic). Por un valor de \$ 2.428.180.960 millones de pesos y, «la realización a precio global fijo sin ajustes de LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA TRONCAL CALLE 26 (AVENIDA TERCERA EL AEROPUERTO EL DORADO- AVENIDA JOSE CELESTINO MUTIS) EN BOGOTÁ D.C.» por un valor de \$ 6.226.793.691 millones de pesos. Sobre el contenido de estos actos contractuales, la autoridad disciplinaria expresó lo siguiente:

« [...] En virtud del texto de los contratos de consultoría 129 y 133 de 2005 y de los términos de referencia de éstos últimos, resulta claro que la elaboración de los diseños de la calle 26 y la carrera 10A correspondía a los consultores, quienes debían responder por los productos de estudios y diseños que se requerían para la construcción de las obras»¹¹⁶.

4.7.2.6 Así mismo, otorgó valor probatorio a los contratos número -134, 135, 136, 137,138 mediante los cuales se desarrollaron las obras de la fase III de Transmilenio de la siguiente manera:

CONTRATO	GRUPO	FIRMA CONTRATISTA Y OBJETO	VALOR
134-07	1	<u>(CONSTRUCTORA SAN DIEGO S.A.)</u> Carrera 10 – tramo 1 – entre calle 31 sur y calle 30ª sur y calle 31 sur entre carrera 10 y carrera 5, incluye patio, portal y vías perimetrales.	146.228.548.034
		INTERVENTOR CONSORCIO INTERVENTORIAS	

¹¹⁶ Página 36 del fallo de única instancia.

		TRONCALES 2007 CTO 173-07.	
135-07	2	<u>CONSORCIO METROVIAS BOGOTA S.A.</u> Carrera 10 y calle 26: entre calle 30 A sur y calle 3. Tramo 2: entre calle 3 y calle 7 – incluye ramal calle 6 entre carrera 10 y troncal caracas, Av. comuneros entre carrera 10 y carrera 9 con calle 4 y estación intermedia de la calle 6.	178.304.574.960
		INTERVENTOR POYRY INFRA S.A. CTO 171-07	
136-07	3	<u>CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III S.A.</u> Carrera 10 – tramo 4 entre calle 7 y calle 26 tramo 5 entre calle 26 y calle 34. Calle 26 – Tramo 5 entre carrera 19 y carrera 13 incluye conexión operacional con avenida caracas tramo 6 entre carrera 13 y carrera 3 y carrera 3 entre calle 26 y calle 19.	291.947.648.903
		INTERVENTOR CONSORCIO IML CTO 172-07.	
137-07	4	<u>UNION TEMPORAL TRANSVIAL</u> Calle 26 – tramo 3- entre transversal 76 y carrera 42B tramo 4- entre carrera 42B y carrera 19.	315.580.224.330
		INTERVENTOR CONSORCIO INTERCOL CTO 174-07.	
138-07	5	<u>SOCIEDAD INFRAESTRUCTURA URBANAS S.A.</u> Calle 26 – Tramo 2 – carrera 97 y transversal 76 Av. ciudad de Cali, calle 26 y Av. José Celestino Mutis.	218.798.733.837
		INTERVENTOR INGETEC S.A. CTO 170-07.	

4.7.2.7 También otorgó mérito probatorio a las modificaciones de los contratos en cita, llevadas a cabo mediante la suscripción de *otros sí*, de fechas, 16 de septiembre, 16 de octubre de 2008¹¹⁷, 23,26 y 29 de diciembre de 2008¹¹⁸.

4.7.2.8 Con base en el estudio de dichos contratos, el ministerio público concluyó que la elaboración de los diseños de la calle 26 y la carrera 10^a, era una obligación que correspondía a los consultores de los contratos 129 y 133¹¹⁹, no obstante, se permitió la liquidación de estos contratos, sin exigir a los contratistas la entrega de los referidos diseños¹²⁰.

4.7.2.9 Consideró el ministerio público, que la situación anterior, llevó a que a través de la suscripción del otro sí del 16 de octubre de 2008, se modificaran los contratos de la fase III de Transmilenio, para introducir el concepto de actualización de estudios y diseños, con lo cual se facultó a los contratistas para diseñar los posibles faltantes sobre esta materia. De tal manera, que a través de

¹¹⁷ Página 38 del fallo disciplinario

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ F.2481.

¹²⁰ Ff 2481-2488.

los otros si de 23,26, y 29 de diciembre de 2008, se cambió el concepto de precios unitarios definido en los contratos, para incluir, los costos por las citadas actividades de actualización¹²¹.

4.7.2.10 En igual sentido señaló, que las referidas modificaciones llevaron a que se provocara la mora por el término de 3 meses, en la entrega de los programas de obra detallados, sin los cuales no podía hacerse seguimiento al cumplimiento de metas físicas por parte de la interventoría del IDU¹²².

4.7.2.11 Revisados uno a uno los contratos de la fase III de Transmilenio, con la correspondiente modificación por concepto de actualizaciones aprobadas a los contratistas para la elaboración de faltantes de diseños, la procuraduría determinó que se debieron pagar a los contratistas dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500.000), cifra mayor al valor inicial del contrato de consultoría núm. 129 de 2005, celebrado por el IDU para la elaboración de diseños de la carrera 10^a¹²³.

4.7.2.12 En síntesis, el ministerio público concluyó, que se presentaron deficiencias e irregularidades por parte del IDU, en tanto que al no «exigir a los consultores de los contratos 129 y 133 de 2007, la entrega oportuna de los diseños contratados para poderlos a disposición de los constructores», se trajo como consecuencia, que la elaboración de esos diseños se adicionara a los contratos de la fase III de Transmilenio de forma indebida como imprevistos, sin que dicha situación guardara relación con la realidad, dado que como se indicó en líneas anteriores esta era una obligación de los consultores.

4.7.2.13 La Sala observa también, que el ente de control con fundamento en los informes gerenciales de la Subdirección General de Infraestructura del IDU con corte a 30 de junio de 2010¹²⁴, corroboró que ante la falta de elaboración oportuna de los estudios y diseños, los contratos de la fase III de Transmilenio se retrasaron, tanto así, que a la fecha de finalización de dichos contratos 17 de julio de 2010, 17 de junio de 2010, 17 de julio de 2010, 17 de agosto de 2010, las obras se encontraban respectivamente, en un avance físico del 70,3%, 54,84%,25,92%, 18,55%,59,2%¹²⁵.

- **Irregularidades en la celebración y ejecución de los contratos por obras de valorización, que se celebraron por vía de contratos adicionales a los contratos de la fase III de Transmilenio.**

4.7.2.14 Esta irregularidad consiste concretamente, en que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, adicionó a los contratos de la fase III de Transmilenio,

¹²¹ Ff. 2483- 2485.

¹²² F.2486.

¹²³ F. 2487.

¹²⁴ F. 2492.

¹²⁵ *Ibidem*.

contratos de valorización que no guardan ninguna relación con las obras de Transmilenio, obviando con ello, realizar la licitación pública correspondiente.

4.7.2.15 Para el efecto, la autoridad disciplinaria otorgó mérito probatorio al Acuerdo 180 de 2005 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, por medio del cual «autorizó el cobro de una contribución de valorización por beneficio local para la construcción de un plan de obra», las cuales estaban relacionadas con las que «integran los sistemas de movilidad y de espacio público, contempladas en el plan de Ordenamiento Territorial y sus operaciones estratégicas, en consonancia con el plan de desarrollo»¹²⁶, de tal manera, que no buscaban desarrollar las obras contempladas en la fase III de Transmilenio.

4.7.2.16 Concretó el ministerio público, que la construcción de las obras del Acuerdo 180 de 2005, debían iniciarse a más tardar en noviembre de 2009, so pena de que el IDU, se viera en la obligación de devolver el dinero a los contribuyentes. Sin embargo, el proceso público para seleccionar al contratista que llevara a cabo estas obras no se realizó¹²⁷.

4.7.2.17 Advierte igualmente la Sala, que el fallador disciplinario otorgó mérito probatorio a los proyectos de valorización y a los contratos en virtud de los cuales, dichos proyectos fueron adicionados a los contratos de la fase III de Transmilenio. Con base en el análisis de dichos documentos, llegó a las siguientes conclusiones:

- Los proyectos de valorización núm. 123 y 124, que fueron adicionados al contrato 135 de 2007 de la fase III de Transmilenio, «son totalmente independientes y no resultan indispensables para adecuar la calle 26 y la carrera 10 al sistema Transmilenio»¹²⁸. «Adicionalmente, téngase en cuenta que fue omitido el proceso de licitación pública consagrado en el numeral 1º del art. 2º de la Ley 1150 de 2007»¹²⁹.
- Los proyectos de valorización 122 y 122A, que fueron adicionados a los contratos 136 y 137 de la fase III de Transmilenio, no guardan ninguna conexidad entre sí. Concluyó la autoridad disciplinaria que «se utilizó la figura del contrato adicional, para adicionar a las obras de los contratos 136 y 137 de 2007, el proyecto 122 de valorización (dividido en 122A y 122) los cuales eran totalmente independientes y no resultaron indispensables para adecuar la calle 26 al sistema Transmilenio, omitiéndose el proceso público de selección, en este caso de selección consagrado en el artículo 2º, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007»¹³⁰.
- Los proyectos de valorización 112 y 154, que fueron adicionados al contrato 138 de la fase III de Transmilenio, tienen un objeto distinto y no guardan

¹²⁶ F. 2495

¹²⁷ F.2499.

¹²⁸ F. 2504.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ F. 2507

relación con la necesidad alegada por el IDU, «de dar movilidad al sector del Aeropuerto del Dorado y las localidades de Engativá y Fontibón, como producto de las obras ejecutadas dentro del contrato 138 de 2007, por cuanto éstas circunstancias eran totalmente previsibles. No puede presentarse la celebración del contrato adicional núm. 1 del 25 de junio de 2009 del contrato 138 de 2007, como consecuencia de dar movilidad al sector, cuando hacía más de 16 meses se sabía que debía licitarse e iniciarse la construcción de los proyectos 112 y 154 de valorización de manera independiente y no se hizo»¹³¹.

Además, en lo que respecta al proyecto 154, este involucra la construcción de un puente vehicular, con un costo superior a los 20.000'.000.000, el cual fue adicionado al contrato 138 de 2007, mediante contrato adicional, presuntamente porque existía conexidad en tanto podía servir de desvío para las obras que se adelantan para la adecuación de la calle 26 al sistema Transmilenio»¹³².

- Finalmente el ente de control llamó la atención, sobre la adición que se realizó al contrato 137 de 2007, por valor de \$3.057.363.448, por cuanto para la fecha en que se realizó la adición -18 de noviembre de 2009- el contrato 137 «presentaba un retraso manifiesto en el adelantamiento de las obras, que a la postre, al mes siguiente conllevó a que se iniciara el trámite de caducidad del referido contrato. Luego entonces, no se entiende como no se tomaron las medidas correspondientes a fin de evitar la suscripción del referido contrato adicional a un contratista que para ese momento incumplía de manera ostensible y notoria sus obligaciones, amén de las irregularidades que se configuraron por no haberse cumplido el trámite correspondiente (licitación pública) y con la debida anterioridad».

4.7.2.18 La Sala resalta sobre éste último, que la autoridad disciplinaria otorgó valor probatorio a la declaración rendida por la ingeniera Claudia Contreras del Consorcio Intercol, firma interventora del -contrato 137 de 2007- en la cual manifestó que «ese contrato no debió haberse adicionado, entre otras razones porque a la fecha en que rindió su declaración -15 de julio de 2011- es decir casi dos años después de la suscripción del referido contrato-no se había adelantado ninguna obra por concepto de aquel».

- **Irregularidades por la falta de control y oportuna intervención en la ejecución del contrato 137 de 2007.**

4.7.2.19 El contrato de obra 137 de 2007, tenía como objeto la adecuación de la calle 26 –avenida Jorge Eliecer Gaitán- al sistema Transmilenio y su mantenimiento, así: En el tramo III, comprendido entre la transversal 76 y la carrera 42b; y en el tramo IV, entre la carrera 42b y la carrera 19. El valor de este

¹³¹ F.2509.

¹³² F. 2509.

contrato era de -trescientos quince mil quinientos ochenta mil doscientos veinte cuatro mil trescientos treinta pesos \$315.580. 224.330-.

4.7.2.20 El ministerio público, advirtió respecto de este contrato que desde su origen se presentaron dificultades, dado que se inició el proceso de licitación sin contar con la totalidad de los estudios, diseños, permisos y adquisición de los predios¹³³.

4.7.2.21 Observa la Sala, que el ente de control valoró el Informe de la Contraloría Distrital de Bogotá, dentro del Plan de Auditoría Distrital PAD 2010 realizado al IDU¹³⁴, y advirtió que se realizaron constantes modificaciones al citado contrato, que llevaron a prorrogar los plazos inicialmente previstos, reprogramar la obra, pagar mayores costos por concepto de ajustes en diseño, aumentar el valor de la interventoría, realizar planes de manejo de tráfico y ajustes en actividades de precios unitarios.

4.7.2.22 En la misma línea, el ministerio público evidenció que pese a que en el contrato 137 se giró un anticipo por valor de ochenta y un mil, doscientos cuarenta y seis millones ochocientos treinta y un mil veinticuatro pesos \$81.246.831.024, con orden de pago núm. 2008-12 374 del 16 de diciembre de 2008, se presentaron eventos de insolvencia del contratista desde el año 2009, reflejados en la disminución de los trabajos de obra, reducción del personal, no pago de salarios e inconvenientes en la adquisición de equipos. Esta situación llevó a que la administración distrital declarara la caducidad del contrato el 28 de enero de 2010. Así también, que se realizara la cesión del contrato a la Sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S GEV, para lo cual se firmó el otro sí núm. 5 del 3 de marzo de 2010.

4.7.2.23 También se evidencia, que el ente disciplinario valoró las implicaciones presupuestales ocasionadas por la cesión del contrato núm.137, a partir del estudio realizado por la Contraloría Distrital de Bogotá, según el cual «El IDU tendría que pagar la suma de \$28.880 millones adicionales correspondientes a los gastos administrativos y mano de obra», para compensar los 17 meses de atraso en la entrega de las obras, según el plazo inicial¹³⁵.

4.7.2.24 Sobre este contrato, se advierte que el fallador disciplinario analizó los resultados del control fiscal, que realizó la Contraloría Distrital en desarrollo de los procesos de auditoría gubernamental con enfoque integral sobre el IDU, y los informes que dicho ente realizó al Concejo Distrital, en respuesta a la Proposición 257 de 2010 presentada por el Concejal Edward Arias¹³⁶.

4.7.2.25 En igual sentido, el ministerio público otorgó valor probatorio a los informes que la contraloría dirigió a la administración distrital referentes a los retrasos de las obras, así también, a los pronunciamientos públicos que tuvieron

¹³³ Folio 2513.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ F. 2516.

¹³⁶ F. 2517

lugar en el cabildo distrital, efectuados por varios concejales de la ciudad como Carlos Fernando Galán Pachón, Carlos Vicente de Roux y Antonio Esmirid Sanguino, quienes en el marco de las sesiones de los días 19 de mayo, 20 y 21 de junio de 2009 «anunciaron a los órganos de control del distrito capital presuntas prácticas irregulares en materia de contratación, que no se hubieren adoptado los correctivos de rigor por parte del señor alcalde mayor de Bogotá» (sic)¹³⁷.

4.7.2.26 Las irregularidades presentadas en el contrato 137 de 2007, fueron corroboradas por la declaración de la Ingeniera Claudia Contreras y Jorge Alberto Salamanca interventora y representante legal del Consorcio INVERCOL respectivamente, quienes según lo afirmó el ente disciplinario «fueron enfáticos en colegir la magnitud de los incumplimientos, las múltiples reuniones entre las partes y los representantes del IDU, quienes estaban enterados de las cosas».

4.7.2.27 Finalmente sobre este punto, se tuvo en cuenta la declaración que la interventora del contrato 137 Claudia Contreras realizó a petición de la defensa en la etapa de juicio, en la cual confirmó lo dicho en las declaraciones anteriores, y realizó especial énfasis «en el grave perjuicio al Distrito Capital con el recorte de las obras. En efecto, conforme a la priorización aprobada por el IDU se disminuyó el alcance del objeto contratado [...] conforme a los cálculos de la interventoría, se estima un valor aproximado de ochenta y nueve mil millones de pesos 89.000.000.000 por concepto de exclusión de obras»¹³⁸.

4.7.2.28. De todo lo anterior, concluyó el ministerio público que «el detrimento total del contrato 137 de 2007, antes de la fecha de ésta providencia, es de casi doscientos mil millones de pesos, cifra considerable que equivale a un veinte por ciento aproximado del valor total de todo el proyecto de la fase III de Transmilenio, sin perjuicio de las consecuencias que a futuro y desde el punto de vista técnico se puedan derivar por la entrega incompleta de las referidas obras»¹³⁹.

B) Irregularidades de los contratos 071 y 072 – obras y actividades contratadas para el mantenimiento y conservación de la malla vial-

4.7.2.29 El instituto de Desarrollo Urbano IDU realizó la licitación pública núm. IDU LP DG 006-2008, con el objeto de adjudicar los contratos de obra y actividades para la malla vial arterial, intermedia y local. El proceso contractual se adjudicó el 26 de diciembre de 2008, y en consecuencia se suscribieron los contratos núm. 071 y 072 de 2008, correspondientes a los distritos de conservación sur oriente Grupo III y sur Grupo IV.

En dichos contratos la Procuraduría General de la Nación, detectó las siguientes irregularidades:

--	--

¹³⁷ F. 2517.

¹³⁸ F. 2520.

¹³⁹ Ibidem.

Obras	Irregularidades
Contratos 071 y 072 Obras y actividades contratadas para el mantenimiento y conservación de la malla vial arterial, intermedia y local.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Atrasos e inejecuciones de algunas obras. 2. Mala construcción de las obras. 3. Baja amortización de los dineros entregados al contratista por concepto de anticipo y posible detrimento patrimonial

4.7.2.30 La Sala pudo evidenciar, que el ministerio público, para determinar las inconsistencias que se presentaron en los contratos de la malla vial en referencia, tomó como punto de partida el informe técnico rendido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales el día 7 de abril de 2011 y la correspondiente aclaración de fecha 26 de abril de 2011¹⁴⁰.

4.7.2.31 El indicado informe, incluyó registros fotográficos, cuadros estadísticos del caso, y resultados de labores de campo a varios frentes de obra de las localidades que comprendían los contratos 071 y 072 de 2008¹⁴¹.

4.7.2.32 Las conclusiones de la prueba técnica por parte del ministerio público, fueron en síntesis las siguientes:

- En el contrato de obra 071 de 2008 el avance físico no correspondió a lo programado, toda vez que a 31 de marzo de 2011 presentó un retraso del 36.70%, también se apreció que del valor del anticipo entregado al contratista por la suma de 10.905.094.003, tan solo se amortizaron 4.633.826.285, quedando un saldo por amortizar de 6.271.267.718 equivalente al 57,51% del valor inicial entregado, cuantía que a 31 de diciembre de 2010, no fue legalizada.
- En relación con el contrato de obra 072 de 2008, se observó que con corte al 5 de abril de 2011, el 57,83% de los frentes de obra no habían iniciado ejecución, presentándose un atraso significado desde el inicio de las obras en febrero de 2009. Y terminó el año 2009, con un atraso de 65,49 %.
- Después de la cesión del contrato de obra 072 de 2008, el Consorcio Vías del Distrito también presentó significados incumplimientos con relación al valor del contrato. Resaltó que a febrero de 2011, el contratista había ejecutado el 30.37% del valor total del contrato, en un lapso equivalente al 58.33% del total del plazo estipulado.
- Advirtió que «en algunos sectores ni siquiera iniciaron los trabajos, a pesar de estar programados como ocurre, entre otros, en la carrera 2 Este con calle 43B sur».

¹⁴⁰ F.2551. Informe visible a Ff., 1106- a 1145 del cuaderno 5 de la actuación disciplinaria.

¹⁴¹ F. 2552.

- «En cuanto a la ejecución del contrato 072 de 2008, fue relevante lo manifestado por las personas entrevistadas, como algunas obras de ciertos sectores de la localidad de Tunjuelito que quedaron inconclusas, lo que generó que a pocos días de haberlas realizado estas presentaron hundimientos y desniveles, lo que ocasionó charcos en las viviendas».
- Finalmente en la localidad de Usme en el frente 313, ubicado en la Avenida Boyacá calzada única sentido sur norte, entre la calle 65 sur y puente Tunjuelito, en donde se debieron ejecutar las labores de la malla vial arterial con mantenimiento, a pesar de que se reprogramó. En este sentido, los funcionarios comisionados dejaron consignado que realizado el recorrido por el sector no hubo personal de ningún contratista ejecutando la obra, como tampoco se evidenció que se haya realizado alguna obra en dicho tramo».

C) Irregularidades de los contratos -construcción de obras por concepto de valorización-

4.7.2.33 En este acápite se hace relación a las obras por valorización que fueron aprobadas por el concejo distrital de Bogotá mediante el Acuerdo 180 de 2005, las cuales fueron financiadas a través del gravamen de valorización que se impuso a los contribuyentes del distrito capital.

La Procuraduría sobre los contratos en referencia, determinó el hallazgo de las siguientes irregularidades:

OBRA	IRREGULARIDADES
<ul style="list-style-type: none"> • Contratos 020, 029, 037, 047, 068 y 079 de 2009. • Construcción de obras por concepto de valorización. 	<ul style="list-style-type: none"> • Inejecuciones e incumplimientos en las actividades convenidas en los plazos estipulados.

4.7.2.34 Es importante resaltar, que el ministerio público analizó concretamente los contratos núm., 020,029, 037, 047, 068 y 079 de 2009 y sobre ellos, ordenó el dictamen pericial el 15 de julio de 2011, con el objetivo de determinar el estado de las obras de valorización para la fecha de 2 de mayo de 2011 -data en la que se realizó la imputación disciplinaria al señor Samuel Moreno Rojas-.

4.7.2.35 El dictamen pericial¹⁴² consistió en «evaluar y analizar desde el punto de vista técnico toda la documentación allegada al expediente respecto a los contratos mencionados, algunos de los cuales se encuentran en ejecución, otros terminados y otros suspendidos, así como la documentación adicional, solicitada al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, y el resultado de la diligencia de inspección y verificación de obras, labor que sirve de complemento para proceder a dar respuesta a lo requerido».

Las conclusiones que arrojó el citado dictamen, fueron en síntesis las siguientes:

¹⁴² F.2585, F.2917.

- **Contrato 020 de 2009**, por valor de \$10.148.769.473, consistente en la construcción de andenes desde la calle 134 hasta la calle 161 de la carrera 19 «obran pruebas de los incumplimientos reiterados y sistemáticos de parte del contratista desde etapas incipientes de la ejecución contractual. Es tan evidente el punto, que la interventoría registró incumplimientos hasta en «los requisitos de iniciación de obra»¹⁴³.

En resumen, «las obras presentaron un atraso de 8 meses; por amortizar del anticipo cerca de 2.130 millones de pesos, esto es, el 53% del anticipo girado, que correspondió a casi \$7.000 millones al contratista. Se registró también las acciones del IDU para corregir las omisiones detectadas y se indicó el inicio de siete procesos sancionatorios hasta la fecha del dictamen (15 de julio de 2011)»¹⁴⁴.

- **Contrato 029 de 2009**, por valor de 13.061.936.272., cuyo objeto fue la construcción de andenes en ambos costados de la carrera 15, desde la calle 100 hasta la calle 122, andenes de la carrera 15 de los costados occidental y separador central, desde la calle 122 hasta la calle 127. «Las falencias omisivas abarcan temas desde cumplimiento de las disposiciones de la Secretaría de Movilidad, el pago de personal a su cargo, personal insuficiente en obras, de planeación de actividades hasta el suministro no adecuado de material».

Sobre las acciones ejecutadas por parte del IDU para contrarrestar tal suerte de cosas, se tiene que ninguno de los procedimientos sancionatorios contractuales «ha sido de buen cumplimiento, porque ninguno ha tenido méritos (según el IDU) para quedar en firme».

- **Contrato 037 de 2009**, referido a dos ciclo puentes en una intersección vial muy importante de la ciudad. «[...] se recuerda que el plazo inicial era de 8 meses y tampoco, se reseña en el dictamen, hay certeza que el plazo final se pueda cumplir. El atraso de ejecución con respecto de la inversión programada acumulada es del orden del 25,28% y 37,66 % para la avenida ciudad de Cali y Centenario respectivamente»¹⁴⁵.
- **Contrato 068 de 2009**, por el cual se contrató los estudios, diseños y construcción de las obras de una intersección a desnivel ubicada en la carrera 9ª con calle 94 por un valor inicial cercano a los 45.870 millones, «nunca se inició la ejecución de trabajos y a la fecha se tasó un valor ajustable cercano a los 62.000 millones, en donde ni siquiera se han entregado los diseños y hoy se encuentra en trámite de caducidad»¹⁴⁶.

¹⁴³ F.2597

¹⁴⁴ F. 2597

¹⁴⁵ F.2598

¹⁴⁶F. 2599.

Los procesos sancionatorios del IDU en contra del consorcio datan del 31 de agosto de 2010, con una multa impuesta, ratificada solo hasta el 4 de marzo de 2011 con la Resolución 994 de tal fecha; las audiencias conminatorias se ejecutaron el 18 de mayo de 2011, y solo hasta el 30 de mayo de 2011 se «adelanta los procesos de caducidad» con audiencias los días 9 y 21 de junio de 2011.

- **Contrato 047 de 2009**, cuyo objeto era la construcción de la calzada sur de la Avenida Sirena (calle 153) desde la avenida Paseo de los Libertadores (Autopista Norte) hasta la avenida Boyacá, por un valor de \$ 16.030.611.692 y un plazo de 16 meses, se resalta un desfase sustancial que conlleva al no cumplimiento de lo proyectado; así mismo que el porcentaje ejecutado es del 47,58%- faltando por amortizar un 51.22% del anticipo y se encuentra en declaratoria de caducidad. En términos más *ex profeso*, falta por ejecutar más de la mitad de la obra que se inició el 10 de diciembre de 2009; para marzo de 2011, el porcentaje de atraso era del 52.,42% el cual se mantuvo para el 2 de mayo de 2011»¹⁴⁷.
- **Contrato 079 de 2009**, se refiere a la construcción de tres proyectos de valorización identificados bajo los números 302, 305 y 306 consistentes en 3 puentes peatonales ubicados en la carrera 7 con calle 182, carrera 9ª con calle 130b y carrera 9ª con calle 123, en la ciudad de Bogotá, por un valor total de 7.391.421.052 millones. En estos contratos se reportaron atrasos del 84.76%, 59,14% y 94,57%, y 80.91 5 respectivamente. Se refirió como causa «la no entrega de predios y licencias ambientales»¹⁴⁸. «Como sanciones conminatorias del IDU, se reseña que se declaró el incumplimiento y se aplicó la cláusula penal pecuniaria mediante Resolución 3612 del 25 de noviembre de 2010, cuyo recurso se resolvió hasta el 15 de abril de 2011»¹⁴⁹.

D) Pruebas valoradas por la Procuraduría General que demuestran la omisión del exalcalde de Bogotá DC., Samuel Moreno Rojas, en cuanto a su deber de asegurar la construcción de las obras de la fase III de Transmilenio, contratos de la malla vial y contratos de valorización.

4.7.2.36 El ministerio público atribuyó responsabilidad disciplinaria al señor Samuel Moreno Rojas, al encontrar demostrado que incumplió el deber descrito en el numeral 3º del art. 38 del Decreto especial 1421 de 1993, con fundamento en las pruebas que a continuación se analizan.

Documentales.

4.7.2.37 Programa de Gobierno del señor Samuel Moreno Rojas «BOGOTÁ POSITIVA: POR EL DERECHO A LA CIUDAD Y A VIVIR MEJOR», en el cual determinó como una de las líneas estratégicas el desarrollo de un sistema

¹⁴⁷ F. 2599.

¹⁴⁸ F. 2599.

¹⁴⁹ F. 2600

integrado de transporte, en cuya articulación estipuló una mejora del Transmilenio¹⁵⁰.

4.7.2.38 Actas del Consejo de Gobierno núm. CG 25 y CG24¹⁵¹, que tuvieron lugar el 30 de octubre, 7 de noviembre y 9 de diciembre de 2007, en las cuales se demuestra que el señor Samuel Moreno Rojas, conoció aún antes de posesionarse y en calidad de alcalde electo, los temas relacionados con la fase III de Transmilenio por cuanto asistió a los Consejos de Gobierno que en su momento realizó Luis Eduardo Garzón.

4.7.2.39 Cd. 1,2,3¹⁵². Que demuestran las reuniones de seguimiento de los proyectos en la alcaldía mayor en las cuales «el IDU le presentaba a la administración central distrital el estado de cada uno de los contratos que se estaban ejecutando»¹⁵³, estos archivos fueron obtenidos en la visita especial al IDU el 9 de febrero de 2011.

4.7.2.40 Acta de visita especial realizada por la Procuraduría General de la Nación a la Dirección del Instituto de Desarrollo Urbano IDU de fecha 9 de febrero de 2011¹⁵⁴. En el desarrollo de la visita se recibió información de «la Ingeniera Carmen Elena Lopera directora del Área Técnica de Construcciones; y Hernán Alonso Rosero director estratégico, informaron sobre las presentaciones de las reuniones de seguimiento de las obras del IDU que se hacían en el despacho del señor alcalde mayor, que las citaciones a esas reuniones se hacían a través de la oficina de Protocolo de la Alcaldía y que en ellas participaban varios funcionarios de la Alcaldía Mayor, entre ellos el señor secretario de movilidad y, liderando la mesa, el doctor Samuel Moreno Rojas, en su condición de alcalde mayor»

4.7.2.41 Acta de la visita especial practicada el 9 de marzo de 2011, en las instalaciones de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en la cual «se obtuvo la relación de actas del consejo de gobierno de los años 2008, 2009 y 2010 en donde se comprueba que «los temas relacionados con la fase III de Transmilenio no fueron tratados»¹⁵⁵.

4.7.2.42 Actas del Consejo de Gobierno distrital en donde no se evidenció que «el señor Alcalde mayor Samuel Moreno Rojas en alguna de las reuniones realizadas haya impartido una directriz, recomendación, sugerencia o adoptado decisión tendiente a contrarrestar el evidente atraso en la ejecución de las obras de la malla vial con ocasión de los contratos 071 y 072»¹⁵⁶

¹⁵⁰ F. 2552.

¹⁵¹ F. 2522.

¹⁵² Visibles en el cuaderno 2, fol. 463 A en sobre sellado.

¹⁵³ F. 2531

¹⁵⁴ F.2532.

¹⁵⁵ F.2533

¹⁵⁶ F.2573.

4.7.2.43 Informes de la Contraloría Distrital de Bogotá delegada del sector de movilidad, dirigidos al Concejo Municipal en el marco de la proposición núm., 253 de 2010¹⁵⁷.

Testimoniales:

4.7.2.44 Declaración de Liliana Pardo Gaona¹⁵⁸ quien para la época en que se presentaron las irregularidades en la fase III de Transmilenio segundo semestre de 2008 y 2009-, fungió como directora del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá y se desempeñó en este cargo desde el 2 de enero de 2007 hasta el 12 de abril de 2010. A través de esta declaración se demostró que el señor Samuel Moreno Rojas estaba enterado de las irregularidades que se presentaban en los contratos de la fase III de Transmilenio. Un extracto de la declaración fue el siguiente:

«El alcalde Samuel Moreno instituyó desde su llegada una mesa de seguimiento de obras que se reunió en múltiples ocasiones donde el IDU le presentaba uno a uno los contratos que se estaban ejecutando, su estado, las dificultades, la propuesta de solución y en general todos los aspectos relacionados con el desarrollo de las obras. Esta mesa de revisión sesionó sin una periodicidad fija, generalmente cada quince días. En esa mesa, tenían asiento, además, el Secretario de Movilidad como cabeza del sector; asistía, dependiendo de los temas, el gerente de Transmilenio; y las personas que desde el despacho del Alcalde era citadas a cada una de las reuniones según el criterio del despacho. Por parte del IDU asistíamos el director general y los subdirectores y directores técnicos encargados de los temas. En cada reunión, se llevaba una presentación de los proyectos con todo el detalle técnico, financiero y jurídico del estado de las obras. Así mismo, se llevaron cesiones especiales para el debate de temas estratégicos como los distritos de conservación, el tema metro, la construcción de la séptima, entre otras. Por supuesto cuando el ritmo de la obra grupo n.º 4 empieza a decaer y los medios de comunicación y la comunidad inician el registro de esta situación, este grupo es tratado de manera especial en estas mesas de seguimiento y todos y cada uno de los temas y situaciones que se iban presentando eran comunicados al despacho del Alcalde. Este tema por su trascendencia demandó además el apoyo y el estudio de todos los funcionarios que no solamente en razón a sus funciones tenían que estar allí sino también de todo el equipo que podía entrar a apoyar el tema. Por supuesto desde el despacho del Alcalde tuvimos una permanente comunicación y coordinación directamente con él, con los asesores y con el equipo de medios de comunicación.»

4.7.2.45 Declaración de Carmen Elena Lopera Fiesco directora técnica del área de Construcciones del IDU desde el año 2007, «da cuenta de las reuniones que en forma periódica se hacían en el despacho del señor alcalde mayor de Bogotá, reuniones que tenían como propósito informar el avance de cada uno de los contratos a cargo del IDU. Afirmó que el mismo alcalde mayor de Bogotá solicitó que se le informara periódicamente sobre el estado de las obras»¹⁵⁹.

4.7.2.46 Declaración de Camilo José Orrego Morales conforme a la cual «efectivamente no existe registro de las actuaciones que pudo emprender el

¹⁵⁷ F. 2576.

¹⁵⁸ F. 2524.

¹⁵⁹ F. 2529.

señor alcalde mayor de Bogotá Samuel Moreno Rojas, durante los años 2008 y 2009, en relación con los temas de la fase III de Transmilenio y malla vial a cargo del IDU»¹⁶⁰.

4.7.2.47 Declaración de Inocencio Meléndez -subdirector técnico legal del IDU, durante la ejecución de los contratos de la fase III de Transmilenio-, refirió que «que durante los años 2009 y 2010 los contratos de esta fase presentaron problemas en la ejecución de los cronogramas», agregó que «desde finales de 2009, específicamente en los meses de septiembre, octubre y noviembre, los problemas de ejecución se fueron acrecentando progresivamente» refirió también «que la directora del IDU Liliana Pardo Gaona, se reunía con el alcalde mayor Samuel Moreno Rojas en su despacho, entre los meses de junio a diciembre de 2009, para ponerlo al tanto de estas situaciones, previa la elaboración de los informes de las respectivas áreas del IDU en donde se registraba el avance y el estado de cada contrato»¹⁶¹

Aseveró que «la decisión del inicio de caducidad del contrato 137 de 2007, nació de la decisión del alcalde Samuel Moreno Rojas, conforme a las reuniones que se efectuaron en el despacho de aquel. Precisó que no hubo ningún tema del contrato 137 de 2007, que no hubiese sido llevado al despacho del Burgomaestre Distrital. Refirió que «el documento del proyecto de cesión fue entregado por el señor Andrés Jaramillo al señor alcalde Samuel Moreno y que este a su vez se lo entregó a la asesora Martha Veleño, directora jurídica distrital. Una vez esta funcionaria dio el visto bueno, el documento le fue entregado a la doctora Liliana Pardo, directora del IDU»¹⁶²

Informó que «si bien el alcalde mayor no intervenía en trámites internos específicos del IDU [...] las decisiones en general a cargo de la Dirección del IDU si se tomaban con participación, intervención, dirección y determinación del señor alcalde mayor. Históricamente ninguna decisión de la ciudad, aún en las circunstancias de la descentralización, se toma de manera autónoma por parte de ningún organismo [...] las decisiones del IDU eran explicadas en el despacho del señor alcalde; este las escogía [...]».

Afirmó que «al alcalde mayor Samuel Moreno Rojas se le puso en conocimiento las adiciones y el número del contrato al cual se haría cada una de ellas. En tal sentido, que el alcalde mayor y Liliana Pardo concertaron dichas adiciones»¹⁶³

Señaló que « la doctora Liliana Pardo, en su condición de directora del IDU le informaba al señor alcalde mayor Samuel Moreno Rojas sobre el avance de los contratos de la Malla Vial, en especial los contratos 071 y 072 de

¹⁶⁰ Ff.2538-2539.información que certificó el declarante en calidad de director jurídico distrital, para el mes de julio y agosto de 2011.

¹⁶¹¹⁶¹ F.2541.

¹⁶² F. 2542.

¹⁶³ F. 2543.

2008. Además señaló que Liliana Pardo le mencionó que ella le informaba al alcalde mayor sobre los trámites relacionados con el inicio de posibles cesionarios en estos contratos de la Malla Vial»¹⁶⁴

Relató el suceso en que el propio alcalde mayor de Bogotá, Samuel Moreno Rojas se comunicó por teléfono con él, para que rindiera un concepto favorable para la adición de las obras de la carrera séptima a la fase III de Transmilenio o, en su defecto, a los contratos de la malla vial. En efecto aseveró que en la oficina de Néstor Eugenio Ramírez se dio la llamada telefónica en la que el propio alcalde mayor le preguntó que había pasado con el concepto relacionado con la séptima, que si había «reulado» ante esto le contestó al alcalde mayor Samuel Moreno que no era posible efectuar la adición; que esas obras tocaban hacerse por licitación pública. Agregó que el alcalde le sugería distintas alternativas, como la de «correr» modificar los cronogramas, ante lo cual Inocencio Meléndez le decía que eso no era posible concluyéndole que tal proceder era constitutivo de delito»¹⁶⁵.

El ministerio público determinó que la situación que antecede, «se corroboró por el mismo Néstor Eugenio Ramírez Cardona, quién en diligencia de declaración confirmó la conversación que hubo entre el alcalde mayor Samuel Moreno e Inocencio Meléndez. No obstante, el desacuerdo entre las afirmaciones de Néstor Eugenio Ramírez e Inocencio Meléndez radica únicamente en cuál de los dos era de la posición de adicionar las obras de la carrera séptima a los contratos de la fase III de Transmilenio o a los de la Malla Vial. Así mientras Néstor Eugenio Ramírez dice que tal posición era de INOCENCIO MELENDEZ, este lo contradice, diciendo que esa era una idea del señor alcalde mayor»¹⁶⁶

De las declaraciones anteriores el ministerio público determinó que «no obstante, en uno u otro sentido y de lo que no cabe duda, es que el disciplinado Samuel Moreno Rojas si tuvo la comunicación con INOCENCIO MELÉNDEZ para tratar temas relacionados con las obras de la fase III de Transmilenio a cargo del IDU.

Concluyó entonces el fallador disciplinario, que el señor Samuel Moreno Rojas, respecto de las irregularidades que se presentaron, solo actuó hasta el 28 de enero de 2010, época en la cual se inició el trámite de caducidad del contrato 137 de 2007, que corresponde al grupo 4 de la fase III de Transmilenio.

4.7.2.48 Declaración de Camilo José Orrego Morales director jurídico distrital¹⁶⁷, se refirió a los mecanismos que utiliza la alcaldía mayor para controlar la ejecución del plan de desarrollo. Entre ellos, el Consejo de Gobierno en donde el

¹⁶⁴ F. 2569.

¹⁶⁵ F. 2544

¹⁶⁶ F.2544

¹⁶⁷ F.2569.

señor alcalde, secretarios y asesores efectuaban un análisis y dan lineamientos para la articulación de las acciones en el distrito respecto al referido plan, las reuniones eran semanales¹⁶⁸, y en el cual además, se realizan direccionamientos estratégicos en cada sector¹⁶⁹.

4.7.2.49 Declaraciones de los siguientes contratistas e interventores: Hernán Montenegro Orjuela, Juan Manuel Méndez Pira, Claudia Patricia Conteras Fajardo, Alfonso Acosta Lleras, Iván Jaimes Prada, Miguel Ángel Botero Franco, Luis Enrique López Jaramillo, Jorge Martínez Luna, Andrés Jaramillo López, Santiago Páez Talero, Apolinar Franco Giraldo, Rafael Fidel Pabón Lozano, Carlos Eduardo Bernal Latorre, José Joaquín Ortiz García y Hernando Vázquez Sepúlveda.

4.7.2.50 Testimonio de Francisco Fernando Álvarez Morales Secretario de Movilidad del Distrito desde noviembre de 2008¹⁷⁰. Evidenció que la movilidad ocupó un primer lugar en la agenda pública, teniendo en cuenta que fue el eje de la propuesta de campaña y gobierno del señor Samuel Moreno Rojas¹⁷¹.

4.7.2. 51 Análisis de la Sala de las pruebas recaudadas

De las pruebas que obran en la actuación disciplinaria se concluye lo siguiente:

- El ministerio público recabó múltiples elementos de prueba, que lo llevaron a la certeza de la omisión del deber del señor Samuel Moreno Rojas en calidad de alcalde mayor de Bogotá D.C., de asegurar la construcción de las obras de movilidad más importantes del distrito capital para el año 2008, por omisión del control administrativo sobre la ejecución de las mismas.
- Quedó acreditado que, el señor Samuel Moreno Rojas conoció desde el proceso de empalme con el alcalde saliente, de las obras de movilidad de la fase III de Transmilenio, hecho que se corroboró principalmente a través de las actas del Consejo de Gobierno CG 24 y CG 25 de 2007¹⁷².
- Quedó demostrado que el señor Samuel Moreno Rojas se posesionó como alcalde mayor del distrito de Bogotá el 1º de enero de 2008, para el periodo constitucional 2008-2011¹⁷³, y estando en el ejercicio del cargo, se dio inicio a la ejecución de los contratos de la fase III de Transmilenio núm. 134, 135, 136, 137,138 de 2007, que habían sido adjudicados 10 días antes de su posesión -21 de diciembre de 2007- y suscritos el 28 de diciembre de la misma anualidad¹⁷⁴-.

¹⁶⁸ F.2569

¹⁶⁹ F.2570.

¹⁷⁰ F.2567.

¹⁷¹ F.2568

¹⁷² Actas visibles, folio 1 a 20, anexo 1 visita a la alcaldía mayor.

¹⁷³ Ff.249-251, cuaderno 2.

¹⁷⁴ Información visible en los anexos núm. 7, 9, 10, 12, 13 de la visita especial de 22 de febrero de

- Los contratos de la fase III, debieron adicionarse por un valor de 2.500.000.000 millones de pesos, para realizar los diseños que correspondían en un comienzo a los contratos de consultoría 129 y 133.
- Uno de los mayores hallazgos que se logró acreditar en el curso de la actuación disciplinaria, estuvo relacionado con el contrato 137 de 2007 que tenía por objeto la adecuación de la calle 26 avenida Jorge Eliecer Gaitán, suscrito por un valor de trescientos quince mil quinientos ochenta mil doscientos veinticuatro mil millones de pesos (\$315.580.224). Sobre el cual, pese a que se giró un anticipo por 81.246.831 millones de pesos, se comprobó la insolvencia del contratista, y falta de realización de la obra, que conllevó a la declaratoria de caducidad del contrato el 28 de enero de 2010.
- Con fundamento en pruebas testimoniales y documentales, se demostró que el señor Samuel Moreno Rojas, conoció personalmente de las irregularidades que se presentaron en la fase III de Transmilenio por cuanto mantenía comunicación permanente, con la entonces directora del IDU Liliana Pardo Gaona, quien lo informaba sobre los temas de movilidad, particularmente sobre los contratos de la fase III de Transmilenio y los que de éstos se derivaron, sin embargo, la defensa no logró acreditar que el señor Samuel Moreno Rojas hubiese ejercido un control administrativo oportuno sobre las irregularidades que se presentaban en la ejecución de los contratos.
- En la actuación disciplinaria se logró demostrar que el señor Samuel Moreno Rojas, no ejerció control administrativo sobre los contratos de la fase III de Transmilenio, contratos de la malla vial, y contratos de valorización. Lo anterior, porque en los Consejos de Gobierno de los años 2008, 2009 y 2010, escenario natural para adelantar la planeación y seguimiento de las políticas de movilidad del distrito, no se trataron las irregularidades que se venían presentando en dichos contratos¹⁷⁵.
- Además de lo anterior, y a sabiendas de las demoras en los procesos de contratación y en especial en los incumplimientos que se presentaron en el contrato 137 de 2007 –avenida calle 26 Jorge Eliecer Gaitán- el alcalde mayor no utilizó la facultad de remoción del Director General del IDU para buscar una solución a los evidentes retrasos, inobservancias, anomalías que se presentaron en la ejecución de la fase III de Transmilenio. Valga aclarar, que en el periodo de gobierno del exalcalde Samuel Moreno Rojas y durante el lapso temporal de las irregularidades fungieron en particular dos directores del –IDU-: Liliana Pardo Gaona quien ocupó el cargo de directora del IDU desde el 2 de enero de 2007 esto es, que venía desde el gobierno de Luis Eduardo Garzón¹⁷⁶, la cual presentó la renuncia el 12 de

abril de 2010¹⁷⁷; y el señor Néstor Eugenio Ramírez Cardona quien a partir de esta última fecha asumió como director de la citada entidad hasta el mes de mayo de 2011¹⁷⁸. No obstante, la Sala comparte el criterio de la Procuraduría expresado a folio 100 de la decisión de única instancia conforme al cual el cambio de director del -IDU-, no reflejó una administración más eficaz para la ejecución de los contratos objeto de investigación disciplinaria, dado que las omisiones en las referidas obras de la fase III de Transmilenio persistieron en los años 2010 y primeros meses de 2011, tal como se precisó en los acápites probatorios anteriores.

- Con fundamento en lo expuesto, se concluye que la conducta desarrollada por el señor Samuel Moreno Rojas, se adecúa a la descripción típica de falta grave por la omisión de cumplir el deber de asegurar las obras a cargo del distrito, consagrada en el num 3º del art. 38 del Decreto 2491 de 1993.

4.7.3. Antijuridicidad o Ilícitud sustancial

4.7.3.1 El derecho disciplinario está conformado por todas aquellas disposiciones de distinto orden, -constitucional, legal, reglamentario, normas territoriales-, en las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones¹⁷⁹.

4.7.3.2 La Corte Constitucional ha señalado, que los servidores públicos, en el ejercicio de los cargos para los cuales han sido nombrados deben buscar el logro del objetivo principal para el cual fueron designados en determinado empleo o cargo, cual es, servir al Estado y a la comunidad con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento¹⁸⁰.

4.7.3.3 En la misma línea argumentativa, el Tribunal Constitucional ha explicado que el presupuesto para la existencia de una falta disciplinaria es la acreditación acerca del incumplimiento de un deber funcional del servidor público o, en otras palabras, la presencia de una conducta u omisión que interfiere en el ejercicio adecuado de la función estatal ejercida por dicho servidor del Estado¹⁸¹.

4.7.3.4 De esta manera, la ilicitud sustancial, ha sido referida jurisprudencialmente como «el ilícito disciplinario». Sobre este punto, valga señalar que la ilicitud disciplinaria se vincula con la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.

4.7.3.5 La sentencia C- 948 de 2002, se encargó de estudiar la constitucionalidad del art. 5º de la Ley 734 de 2002 el cual señala que –la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna-. Para el efecto, la Corte determinó lo siguiente:

¹⁷⁷ F. 2778.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Corte Constitucional sentencia C-948 de 2002.

¹⁸⁰ C- 708 de 199 y C- 948 de 2002.

¹⁸¹ C- 948 de 2002.

« [...] como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta. [...]»

4.7.3.6 De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, para que se constituya falta disciplinaria no basta con que el servidor público, incumpla los deberes funcionales, más allá de eso, se requiere que exista una infracción sustancial de los mismos, esto es, que trascienda y atente contra el correcto desarrollo de la función pública.

4.7.3.7 Ilícitud sustancial en el caso concreto

4.7.3.8 El demandante consideró que el fallo disciplinario no consideró la ilicitud sustancial porque «lo primero que ha debido hacer el responsable del proceso disciplinario, en contra del alcalde mayor de Bogotá, era establecer si la OMISION predicada está relacionada con las funciones «atribuciones» establecidas constitucionalmente para el Alcalde en el numeral 3º del art. 38 del Decreto 1421 de 1993»¹⁸²

4.7.3.9 La Sala observa que, el procurador general de la Nación, en la decisión disciplinaria de 24 de octubre de 2011, determinó que la conducta realizada por el señor Samuel Moreno Rojas era ilícita sustancialmente¹⁸³, con fundamento en lo siguiente:

4.7.3.10 La realización de las tres faltas disciplinarias atribuidas al ex alcalde de Bogotá, afectó el deber funcional, sin que se demostrara una causal de justificación de la conducta.

4.7.3.11 De tal manera, consideró que la sustancialidad de la ilicitud, se configuró con la vulneración de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, trasgredidos particularmente, en la omisión de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito.

¹⁸² F. 546, cuaderno principal.

¹⁸³ F. 2628 cuaderno 11.

4.7.3.12 De lo anterior, la Sala concluye que el operador disciplinario estudió el alcance de la ilicitud en el caso concreto, y para tal efecto consideró que la conducta desplegada por el señor Samuel Moreno Rojas no solo trasgredió el deber consagrado en el art., 38 núm. 3º del Decreto especial 1421 de 1993, sino también que dicha vulneración fue sustancial dado el quebrantamiento del principio constitucional de eficacia, que regula el art., 209 de la Constitución Política.

4.7.3.13 Bajo los anteriores términos, y como quiera que el ministerio público se refirió a la materia objeto de estudio, la Sala concluye, que el cargo presentado no está llamado a prosperar.

4.7.3.14 Culpabilidad

4.7.3.15 En el campo del derecho disciplinario el art., 13 de la Ley 734 de 2002 consagra que –en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa-.Lo que quiere decir, que en Colombia se prohíbe en el régimen disciplinario imponer sanciones por el solo hecho de la ocurrencia del resultado, por el contrario, es una exigencia propia del derecho al debido proceso consagrado en el art., 29 de la Constitución Política, que se verifique la finalidad dolosa o culposa de la acción objeto de investigación disciplinaria.

4.7.3.16 Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha destacado, que el derecho disciplinario acogió el sistema de *numerus apertus*, según el cual corresponde a la autoridad encargada de imponer la sanción, determinar si la conducta puede ser sancionada a título de dolo o de culpa atendiendo a la naturaleza de la conducta sancionable¹⁸⁴.

4.7.3.17 En este escenario, se estudiará ahora, el contenido del fallo disciplinario, sobre los aspectos relacionados al elemento de culpabilidad en la conducta desarrollada por el exalcalde de Bogotá, Samuel Moreno Rojas.

4.7.4 La culpabilidad en el caso concreto.

4.7.4.1 La Procuraduría General de la Nación, analizó el principio de culpabilidad a punto de definir si la conducta desplegada por el señor Samuel Moreno Rojas tuvo origen en la modalidad de culpa o dolo. Concluyó el fallador disciplinario que la conducta fue dolosa, con fundamento en lo siguiente:

- Consideró que el señor Samuel Moreno Rojas, conocía todas las situaciones relacionadas con la ejecución de las obras a cargo del IDU, además su formación académica y experiencia profesional, son hechos

¹⁸⁴ Corte Constitucional sentencia C- 155 de 2002.

indicadores de que conocía las funciones asignadas en el Estatuto Orgánico de Bogotá, Decreto especial 1421 de 1993¹⁸⁵.

- A juicio del ente de control, existió en el señor Samuel Moreno Rojas, la voluntad de omitir el cumplimiento de su deber, en cuanto que pese a que conoció las irregularidades que se presentaron en los contratos referidos en la actuación disciplinaria no hizo nada para evitarlos, manifestando una voluntad dolosa de omitir su deber¹⁸⁶.
- El ministerio público, señaló que «no cabe duda del reproche formulado al doctor Samuel Moreno Rojas, pues al tener la obligación de asegurar las obras a cargo del Distrito, no lo hizo, pudiendo de muchas maneras hacerlo. Por ello es menester concluir que todos los elementos de la culpabilidad están demostrados, razón por la cual se considera que el disciplinado es responsable».

4.7.4.2 En este orden, concluye la Sala que la Procuraduría General de la Nación, estudió los elementos de configuración de la conducta dolosa, particularmente en cuanto se refiere a la atribuibilidad de la conducta, exigibilidad del cumplimiento del deber, conocimiento de la situación típica y conciencia de la ilicitud. Con fundamento en ello, concluyó que la conducta es imputable a título de dolo.

4.7.5 Proporcionalidad de la Sanción

4.7.5.1 El artículo 18 de la Ley 734 de 2002, consagra expresamente el principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

«**Artículo 18.** Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.

[...]

El art., 42 de la ley en cita, consagra la clasificación de las faltas así:

Artículo 42. Clasificación de las faltas. Las faltas disciplinarias son:

1. Gravísimas
2. Graves.
3. Leves.

[...]»

Y por su parte, el art., 43 *ibidem*, prevé los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, en los siguientes términos:

«**Artículo 43.** Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.

¹⁸⁵ F. 2634.

¹⁸⁶ *ibidem*

2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.»

4.7.5.2 Análisis de la proporcionalidad de la sanción en el caso concreto

4.7.5.3 En el caso *sub lite*, la Procuraduría General de la Nación, estudió la proporcionalidad de la sanción que impondría al señor Samuel Moreno Rojas. Para el efecto, consideró los criterios de gravedad o levedad de la falta descritos en el art., 43 citado en líneas anteriores, y particularmente hizo especial énfasis en sus numerales 3, 4, y 5, relacionados con el grado de perturbación del servicio, la jerarquía y mando que tenía el alcalde mayor en la institución, y la trascendencia social de la falta y el perjuicio causado.

4.7.5.4 En suma, estas fueron las referencias sobre la aplicación del citado principio en el fallo de única instancia de 24 de octubre de 2011¹⁸⁷.

- En cuanto a los numerales 3, 4, y 5 del artículo 43 del CDU, vale decir que ellos se encuentran probados como elementos para considerar la gravedad del comportamiento aquí reprochado, toda vez que la calidad de servidor público investigado, que encabeza la jefatura de la administración del Distrito Capital, lo sitúa necesariamente en una posición de jerarquía y de mando no sólo sobre sus subalternos y miembros del aparato estatal distrital sino que lo tienen como un referente ciudadano y un ejemplo a seguir por ser la primera autoridad de la ciudad capital de la República de Colombia. Así, se concluye que la posición privilegiada que ostentó el señor SAMUEL MORENO ROJAS no fue motivación suficiente para actuar acorde con los principios y valores constitucionales consagrados en los artículos 1o y 2o de la Carta Política, en asuntos que eran de vital importancia para la ciudad de la cual regentó la máxima autoridad administrativa y política. [...]
- De esa manera, los elementos del art., 47 del CDU cumplen dicho cometido, para lo cual contienen factores de ponderación, tales como, los relacionados con la conducta previa; la diligencia y eficiencia demostrada

¹⁸⁷ Cuaderno núm. 11.

en el desempeño del cargo o de la función; el excusarse infundadamente en un tercero; la confesión oportuna; el resarcir el daño o compensar el perjuicio por iniciativa propia; la devolución, restitución o reparación del bien afectado, cuando sea el caso; el grave daño social; la afectación de derechos fundamentales; la conciencia de la ilicitud y pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo.

- En cuanto a la manera de fijar el quantum de la sanción disciplinaria, como se señaló desde la sentencia C 404 de 2001, se reitera que esta «deberá graduarse por funcionario competente para ello dependiendo de las circunstancias de cada caso, y teniendo en cuenta los límites impuestos» por el CDU, sin olvidar el tratamiento punitivo en caso de concurso de faltas por el sistema de absorción empleado en el numeral 2° del artículo 47 del CDU.
- Estamos en presencia ante la comisión de FALTAS GRAVES DOLOSAS, en concurso homogéneo y sucesivo, que han causado un grave perjuicio a la función pública, de la forma descrita en el acápite anterior. Por la propia naturaleza de los hechos investigados se excluye la posibilidad de haberse resarcido a la sociedad las consecuencias nocivas del comportamiento ejecutado por el disciplinado, quien tampoco demostró con su conducta un deseo de corrección y ajuste a los cánones que informan una proba función administrativa.
- Por lo anterior, tratándose de un concurso homogéneo y sucesivo de faltas disciplinarias, la punibilidad contenida en el artículo 47 del CDU reviste además un ingrediente adicional a los factores para mensurar el correctivo disciplinario a imponer y que está definido en los siguientes términos:
- Por tanto, tratándose de la comisión de tres faltas disciplinarias catalogadas como GRAVES, siendo la forma de culpabilidad en todas ellas a título de dolo, se considera que el correctivo disciplinario, previsto en el artículo 44 del CDU, en su numeral 2o, en concordancia con el artículo 45, numeral 2o, ibídem, no pudiendo superarse los límites que para el efecto están previstos en el artículo 47 ibídem, será de DOCE (12) MESES DE SUSPENSIÓN en el ejercicio del cargo de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, D. C. e INHABILIDAD ESPECIAL POR EL MISMO TÉRMINO».

4.7.5.5 Como se desprende del análisis realizado por la Procuraduría General de la Nación se tuvo en cuenta la gravedad del comportamiento, los posibles perjuicios causados, los criterios de graduación contenidos en el Código Disciplinario Único, de manera tal, que se debe concluir que tampoco hubo desproporción de la sanción.

4.8 Aspectos sustanciales del derecho al debido proceso disciplinario, relacionados con la actividad probatoria.

4.8.1. Para resolver la Sala resalta, que una de las prerrogativas que conforman el contenido del derecho al debido proceso está relacionado con -el derecho a la prueba-. Así se desprende del artículo 29 de la Constitución Política el cual dispone que «[...] quien sea sindicado tiene derecho a la defensa [...]». Es evidente que la prueba tiene una importancia fundamental en la búsqueda de la verdad de los hechos, y en el grado de certeza que debe tener el operador disciplinario y/o el juez al momento de determinar la responsabilidad disciplinaria del servidor.

4.8.2. El derecho a probar implica a favor del disciplinado las siguientes garantías¹⁸⁸: a) presentar y solicitar pruebas, b) controvertirlas c) que se practiquen con observancia del debido proceso, d) se decreten pruebas de oficio, e) se decreten y practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos f) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso¹⁸⁹.

4.8.3. En lo relevante al caso, se destaca que el fallador disciplinario o el juez, pueden definir si se decretan o no, la totalidad de las pruebas solicitadas bajo el criterio de que solo lo útil y necesario, es fundamental en materia de pruebas. Para este efecto, deberá determinar cuáles son las pruebas pertinentes, conducentes, y procedentes para llegar al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado¹⁹⁰.

4.8.4. Ahora, en lo que se refiere a la actividad de valoración probatoria, es importante señalar que el proceso disciplinario, adoptó el sistema de la sana crítica, y así lo incorporó en el art. 141 del CDU, el cual indica que «las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta». Valga señalar, que este sistema valorativo de la sana crítica o también llamado de *persuasión racional*, es aquel por medio del cual el fallador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia¹⁹¹.

La Sala con fundamento en lo anterior procede a estudiar el caso concreto.

4.8.5 Análisis de la Sala

A juicio del demandante, se vulneró el derecho al debido proceso por cuanto en el proceso disciplinario: i). No se allegaron pruebas que comprometieran la conducta o el deber de decoro del alcalde mayor, ii). Se omitió vincular a otros servidores públicos del IDU y de la Junta Directiva, iii). Se vulneró el art., 169 del CDU por cuanto el ministerio público ordenó correr traslado para alegatos de conclusión sin haber practicado la totalidad de las pruebas decretadas, desconociendo el derecho de defensa del señor Samuel Moreno Rojas. iv). Se vulneró el derecho al

¹⁸⁸ Al respecto puede consultarse la sentencia C- 496 de 2015.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-555 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁹¹ Sentencia C- 202 de 2005.

debido proceso por indebida valoración de las pruebas, por falta de imparcialidad de la Procuraduría General de la Nación.

4.8.5.1. La Sala considera que el cargo presentado no tiene vocación de prosperidad, atendiendo a lo siguiente:

- i) **En lo atinente a las pruebas que demuestran el incumplimiento del deber de –asegurar las obras a cargo de distrito- del exalcalde de Bogotá, Samuel Moreno Rojas.** La decisión disciplinaria de única instancia¹⁹² se fundamentó en un cúmulo de pruebas, que demostraron la responsabilidad disciplinaria del señor Samuel Moreno Rojas, las cuales fueron individualizadas, y valoradas en el acápite precedente. Valga señalar, que las mismas tuvieron origen en el poder oficioso de la Procuraduría General de la Nación y en la solicitud realizada por la defensa del disciplinado.

La Sala advierte, que la actividad probatoria se desarrolló en numerosas oportunidades. Así por ejemplo, se dictaron entre otros los siguientes autos que ordenaban la práctica de pruebas: Auto de 11 de nov de 2010¹⁹³, de 9 de febrero de 2011¹⁹⁴, de 1º de marzo de 2011¹⁹⁵, de 4 de marzo de 2011¹⁹⁶, Auto de 8 de abril de 2011¹⁹⁷, Auto de 9 de junio de 2011¹⁹⁸, Auto que resuelve reposición 6 de julio de 2011¹⁹⁹.

- ii) **Se omitió vincular a otros servidores públicos del IDU y de la Junta Directiva.** Sobre el particular, la Sala observa que en la actuación disciplinaria se escuchó en declaración a los siguientes miembros de la junta directiva del IDU: Al secretario de movilidad Francisco Fernando Álvarez Morales²⁰⁰, a la directora del IDU Liliana Pardo Gaona²⁰¹ a los secretarios de hacienda Juan Beatriz Elena Arbeláez Martínez²⁰², al secretario de planeación del distrito Oscar Alberto Molina García²⁰³. Se resalta, que en todas las diligencias se hizo presente el abogado del disciplinado Fernando Alberto Rodríguez Castro, tal como consta en las actas de las citadas declaraciones.

En este orden, no es cierto que en la actuación disciplinaria, se haya omitido la vinculación de los miembros de la Junta Directiva como lo indicó la parte demandante, contrario a ello, se observa que la misma defensa al interponer el

¹⁹² De 24 de octubre de 2011.

¹⁹³ Mediante el cual se da apertura a la etapa de investigación disciplinaria fls, 29-34 del cuaderno núm1.

¹⁹⁴ F. 494. Cuaderno núm. 3.

¹⁹⁵ Ff. 783-784. Cuaderno núm. 4

¹⁹⁶ Ff., 834-836 Cuaderno núm 4.

¹⁹⁷ Ff. 1147-1152. Auto por medio del cual se «resuelve la solicitud de práctica de pruebas dentro de la investigación disciplinaria y se practican otras de oficio»

¹⁹⁸ Ff.1610- 1646 cuaderno núm. 7. Por medio del cual se decide sobre las pruebas solicitadas y se decretan unas de oficio.

¹⁹⁹ F.1743, cuaderno 8.

²⁰⁰ Ff. 978-989, cuaderno 5.

²⁰¹ Ff. 995-1017, cuaderno 5.

²⁰² Ff. 2140, cuaderno 9.

²⁰³ Ff. 2150, cuaderno 9.

recurso de reposición contra el fallo de primera instancia, se refirió *in extenso* al contenido de las declaraciones rendidas por los funcionarios precitados, tal como se observa en los folios 2754 y ss., del expediente.

Corolario de lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar.

- iii) **En cuanto, a que se vulneró el art., 169 del CDU por cuanto el ministerio público ordenó correr traslado para alegatos de conclusión sin haber practicado la totalidad de las pruebas decretadas, desconociendo el derecho de defensa del señor Samuel Moreno Rojas**, es necesario aclarar, que esta situación está relacionada con las pruebas que se decretaron, pero que no se practicaron en el curso de la investigación disciplinaria –auto de 6 de julio de 2011-, las cuales estaban referidas concretamente a los testimonios de los interventores y de los representantes legales de las empresas, consorcios y uniones temporales que suscribieron los contratos objeto de análisis en la actuación disciplinaria.

Sobre el particular, la Sala observa, que esta situación fue objeto de solicitud de nulidad por la parte demandante, y objeto del recurso de reposición contra el fallo de única instancia. En efecto, la decisión del 12 de diciembre de 2011 se refirió *in extenso* sobre este punto. En síntesis, aclaró que se recibieron 16 testimonios de los solicitados por la parte demandante con los cuales encontró agotado el propósito de estas pruebas; y en consecuencia determinó, que no había lugar a practicar los testimonios decretados de oficio²⁰⁴.

Así, lo indicó la citada providencia:

«Por lo visto en precedencia, no es cierto que se hayan omitido la pluralidad de testimonios referidos por el disciplinable SAMUEL MORENO ROJAS, en los numerales 1 y 2 de su escrito, página 10 y 11 del memorial presentado, que hayan sido solicitados por la defensa técnica para absolver un interrogante de la instrucción. Así mismo, con los recibidos, que son nada más y nada menos que dieciséis (16), se encuentra más que absuelta la finalidad propuesta por la defensa en su escrito petitorio.

En segundo lugar, sobre la falta de recaudo de otras pruebas testimoniales que echa de menos el disciplinable, ordenadas oficiosamente, es pertinente acotar que estas corresponden también a algunas personas contratistas de obra pública, cuyo objeto demostrativo para la defensa se cumplió y absolvió con el recibo de los dieciséis (16) testimonios anotados en precedencia»²⁰⁵.

De otra parte, se observa que en la decisión *ut supra*, se hace referencia a la situación del testigo Omar Pérez Tejada representante legal del -Consortio Peatonal Autopista Sur- quien manifestó que se acogía al derecho de no autoincriminación consagrado en el art.33 de la Constitución Política²⁰⁶.

²⁰⁴ F.2863.

²⁰⁵ F. 2864.

²⁰⁶ F. 2865

La Sala observa, que el ministerio público bajo el criterio de la pertinencia y utilidad de las pruebas negó en un inicio aquellas relacionadas con la certificación del número de dependencias que existen en la alcaldía distrital, así como la constancia del número de contratos celebrados en el distrito, bajo el entendido, que dichas documentales debían suscribirse a los contratos objeto de la investigación disciplinaria y no, a todos aquellos que no guardaban relación con ella. No obstante, reconsideró dicha negativa, y accedió a su incorporación bajo los siguientes argumentos:

«Debe decirse que el despacho tiene claro el sinnúmero de dependencias y entidades que pueden hacer parte del Distrito Capital y la posibilidad que cada una tiene para delegar en materia de contratación, además que es un asunto que no es objeto de debate en las presentes diligencias. Sin embargo, con el fin de garantizar el derecho de defensa del investigado, se modifica la decisión contenida en el auto recurrido en el sentido de allegar la certificación de la Secretaría General o de la Oficina Jurídica de la Alcaldía mayor de Bogotá en la que se precise las dependencias y entidades que tienen capacidad jurídica de celebrar contratos en forma autónoma e independiente.

En cuanto al acopio de los actos administrativos por medio de los cuales por vía general o específica se ha delegado la función de contratación por parte de todas esas entidades o dependencias distritales, se estima que no es necesario allegar un volumen significativo e ilimitado de documentos, porque no es asunto de discusión ni se pone en tela de juicio el ejercicio de esta facultad, por lo que se considera que con la sola certificación basta.

Si de lo que se trata es de traer a colación causales eximentes de responsabilidad, como lo indica la defensa, esto se podría argumentar de manera independiente a que obren o no los respectivos actos administrativos de manera física en el expediente y el hecho de no haber dispuesto su aporte en nada constituye un prejuzgamiento»²⁰⁷.

- iv) Finalmente, en lo atinente a la **indebida valoración probatoria alegada por la parte demandante**, es necesario señalar que esta se presenta según la Corte Constitucional²⁰⁸ -cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente, o también cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución-.

Para la Sala, atendiendo a los lineamientos anteriores, no existió indebida valoración probatoria, toda vez, que como se expresó en los párrafos que preceden, el ministerio público abordó los criterios de pertinencia y necesidad de la prueba, accedió a las pruebas solicitadas por la parte demandante, y les otorgó valor, atendiendo al sistema de la sana crítica.

²⁰⁷ F. 2867.

²⁰⁸ Sentencia C- 1270 de 2000.

Corolario de lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar.

4.9 Análisis del cargo denominado «imprecisión y errada aplicación de las fechas de contratación».

4.9.1 Según el demandante, la Procuraduría General de la Nación desconoció que «[...] las irregularidades que se presentaron en el desarrollo de los contratos 134,135,136,137,138, fueron suscritos, comprometidos y asignados en el año 2007, fecha en la cual no se había posesionado el Dr. Samuel Moreno Rojas. La supuesta falta de estudios, la falta de diseños, el no cumplimiento de los plazos previstos y demás argumentos y críticas a esa contratación, ocurrió antes de la posesión del servidor público disciplinado en el proceso IUS.2010-365030, basta comprender que su periodo inició el 1º de enero de 2008, para excluir las críticas de la PGN y obviamente decaer el cargo (fol.2 del fallo del 12 de diciembre de 2011» (sic)²⁰⁹.

4.9.2 La Sala considera, que no se le asiste razón al demandante en el cargo endilgado, dado que el ministerio público no estructuró la responsabilidad disciplinaria del señor Samuel Moreno Rojas con fundamento en irregularidades presentadas en la etapa contractual de la fase III de Transmilenio como lo sugiere la defensa, sino en la omisión del control de tutela en el periodo de ejecución de los citados contratos por parte del disciplinado.

4.9.3. En efecto, valga reiterar que el señor Samuel Moreno Rojas tomó posesión del cargo de alcalde mayor del distrito capital, el 1º de enero de 2008, para el periodo constitucional 2008-2011. Teniendo como base dicho elemento temporal, se tiene que las irregularidades endilgadas al exalcalde, tuvieron lugar en dicho lapso, como lo demostró en la actuación disciplinaria el ministerio público. Así lo advierte la Sala, al tener en cuenta los siguientes hechos que soportaron los cargos imputados al exalcalde de Bogotá. Veamos:

- Primer cargo, relacionado con la omisión de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito, en lo que tiene que ver con «la **ejecución** de los contratos de la fase III de Transmilenio [...]». Para sustentar este cargo el ministerio público se refirió a diversas irregularidades que tuvieron origen en las modificaciones efectuadas a los contratos de la fase III de Transmilenio (134-138 de 2007), a través de la suscripción de los otros sí, de fechas 16 de septiembre de 2008, 16 de octubre de 2008, 23,26, y 29 de diciembre de 2008 (Ff. 2483-2485).

Además el ente de control, analizó el retraso del cronograma en la realización de las citadas obras; sobre lo cual la Sala resalta, que el periodo de ejecución de las obras iniciaba el 17 de junio de 2008 y

²⁰⁹ F.560 del cuaderno principal.

finalizaba el 17 de agosto de 2010²¹⁰. Es decir durante el periodo de gobierno del señor Samuel Moreno Rojas.

En este primer cargo, el ente disciplinario, se refirió igualmente a las irregularidades relacionadas con los contratos por concepto de obras de valorización que fueron adicionados a los contratos de la fase III de Transmilenio. Contratos 123, 124, 122,112 y 154 que es necesario resaltar, fueron suscritos el 29 de diciembre de 2008²¹¹ y 18 de noviembre de 2009²¹², 25 de junio de 2009²¹³.

Finalmente en lo relacionado con el contrato 137 de 2007, el ministerio público se refirió a la «falta de control y de la oportuna intervención en la ejecución del contrato 137», consistente en las irregularidades que se presentaron durante el año 2009 y principios de 2010.

- Segundo cargo, relacionado con la omisión de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito, en lo que tiene que ver con «la **ejecución** de los contratos 071 y 072 de los Distritos de conservación de la malla vial [...]». La Sala resalta, que el contrato 071 fue suscrito el 30 de diciembre de 2008²¹⁴, con adiciones del 11 de noviembre de 2009, y 28 de noviembre de 2009²¹⁵ y cesión del contrato del 21 de mayo de 2010²¹⁶. En lo concerniente al contrato 072, este fue adjudicado mediante la Resolución 5664 del 26 de diciembre de 2008²¹⁷.
- Tercer cargo, relacionado con la omisión de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito, en lo que tiene que ver con «la **ejecución** de los contratos de valorización números 020,029,037,047, 068 y 079 de 2009[...]». La Sala observa, que para endilgar responsabilidad disciplinaria al ex alcalde Samuel Moreno Rojas sobre el presente punto, el ministerio público tuvo en cuenta los contratos en referencia, por cuanto a través de ellos la alcaldía del citado funcionario pretendió ejecutar las obras que habían sido aprobadas por el Acuerdo Distrital 180 de 2005, para lo cual analizó el desarrollo de las obras contratadas para el año 2010²¹⁸.

Visto lo anterior, la Sala concluye, que las irregularidades por los cuales el ministerio público atribuyó responsabilidad disciplinaria, al señor Samuel Moreno Rojas, guardan plena relación con el periodo de mandato constitucional que correspondía a dicho funcionario, desvirtuándose de esta manera el cargo presentado por el demandante.

²¹⁰ Ff. 2492.

²¹¹ F.2493.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ F.2494.

²¹⁴ F. 2549.

²¹⁵ *Ibidem*

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ F.2550.

²¹⁸ Ff. 2576-2584.

5. Falta de competencia.

La competencia que tiene un funcionario para expedir un acto administrativo, se traduce en la capacidad que le ha sido atribuida por la Constitución, la ley o el reglamento para expresar de forma válida la voluntad estatal²¹⁹. En consecuencia, la falta de competencia constituye un vicio del acto administrativo que genera su nulidad, relacionado con el sujeto encargado de expedir el acto, en tanto carece de la aptitud o capacidad para producir determinados efectos en nombre de la administración²²⁰.

En el *sub lite*, la parte demandante argumentó que en el trámite del proceso disciplinario se incurrió en el vicio de falta de competencia, particularmente respecto de los siguientes actos: 5.1) Al alcalde mayor de Bogotá solo lo puede suspender del ejercicio del cargo el presidente de la República. 5.2) La viceprocuradora no podía resolver la recusación presentada en contra del procurador general de la Nación. 5.3) El procurador general de la Nación no podía resolver el recurso de reposición interpuesto en contra del fallo de 24 de octubre, pues había sido previamente recusado.

5.1. La competencia del procurador general de la Nación para suspender del cargo al alcalde mayor de Bogotá.

5.1.1. La parte demandante sostuvo que el procurador general de la Nación carecía de competencia para imponer la sanción de suspensión al señor Samuel Moreno Rojas en el cargo de alcalde mayor, dado que dicha potestad es privativa del presidente de la República al tenor de lo dispuesto en el numeral 6º del art. 323 de la Constitución Política, y el art. 44º del Decreto 1421 de 1993 –Estatuto Orgánico de Bogotá-.

5.1.2 La Sala reitera los argumentos expresados en el acápite de–cuestión previa– dada su inescindible relación con el cargo actual, y se pronuncia, sobre la precisa facultad que tiene el presidente de la República -para suspender o destituir al alcalde mayor- prevista en el inciso 6º del art. 323 de la Constitución Política y, la competencia que le corresponde al presidente de la República para hacer efectiva la sanción de suspensión o destitución del alcalde de Bogotá impuesta por el procurador general de la Nación. Como a continuación pasa a realizarse:

5.1.3. En cuanto lo primero, el inciso 6º del artículo 323 del texto constitucional consagra *ad pedem literae* que «en los casos taxativamente señalados por la ley, el presidente de la República suspenderá o destituirá al alcalde mayor», no obstante, ésta disposición, fue objeto de control por la Corte Constitucional en la

²¹⁹ Santofimio Gamboa Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo página 537 y 538.

²²⁰ El Consejo de Estado ha señalado que la incompetencia es -la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional-. Consejo de Estado. Sección Tercera. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 19 de abril de 2016. Núm. 11001-03-26-000-2013-00091-00 (47693).

sentencia C- 229 de 1995²²¹, en la cual indicó, que la potestad otorgada al presidente de la República en virtud del precitado artículo, no opera para todos los eventos en que es necesario decretar una suspensión, por el contrario, está guardada para los asuntos taxativamente señalados en la ley. De tal manera, que es el legislador quien tiene a su cargo definir en qué casos el presidente de la República puede o debe destituir o suspender a un alcalde. Así mismo indicó, que el contenido de dicha disposición debe entenderse de manera armónica con la facultad constitucional reconocida al Procurador General en el numeral 6º del art. 277, para imponer las sanciones derivadas del ejercicio de la potestad disciplinaria. Así las cosas, se advierte que coexisten las facultades de hacer efectiva la sanción de suspensión a un alcalde, de la siguiente forma: De una parte, la que corresponde al procurador general en virtud de la función de supervigilancia administrativa, de otra, la que corresponde al presidente de la República en aquellos eventos taxativamente señalados en la ley, en los cuales el alcalde actúa como agente del presidente o gobernador, como el orden público (art. 296 de la C.P) y estados de excepción (art. 38, L. 270 de 1996), o finalmente, cuando el presidente o gobernador actúan en desarrollo del deber de colaboración con las autoridades judiciales o el ministerio público.

5.1.4. En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional²²² ha admitido, que la ley puede autorizar que las sanciones disciplinarias impuestas por el ministerio público se hagan efectivas mediante la participación de otras autoridades.

5.1.5. La Sala advierte ahora, que la competencia para hacer cumplir la sanción de suspensión o destitución del alcalde mayor de Bogotá proferida por el ministerio público, reside en el presidente de la República, en atención a lo dispuesto en el art. 172 del Código Disciplinario Único y el art. 44 del Decreto 1421 de 1993- Estatuto Orgánico de Bogotá-en los cuales se regula que el presidente destituye al alcalde cuando así se lo solicite el procurador, y a su vez que es el competente para ejecutar las sanciones una vez ejecutoriado el fallo proferido por aquel.

5.1.6 Análisis de la competencia en el caso concreto

En el *sub examine*, la Procuraduría General de la Nación en el trámite del proceso disciplinario que adelantó al señor Samuel Moreno Rojas, expidió 3 decisiones disciplinarias, en las cuales declaró la suspensión en el ejercicio del cargo del alcalde mayor de Bogotá.

5.1.6.1. La Sala observa, que los actos enunciados fueron ejecutados por el presidente de la República como pasa a explicarse:

- El presidente de la República mediante el Decreto 1390 de 2011 ordenó ejecutar la decisión disciplinaria de suspensión del señor Samuel Moreno Rojas por el término de 3 meses en el cargo de alcalde de Bogotá, adoptada por la Procuraduría General de la Nación mediante auto de 2 de

²²¹ Corte Constitucional.MP. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia de 25 de mayo de 1995.

²²² Sentencia T- 1631 de 2000.

mayo de 2011 en el cual formuló pliego de cargos en contra del disciplinado (copia del decreto reposa a Ff.1464-1465, cuaderno núm. 7).

- El presidente de la República mediante el Decreto 2711 de 2011 ordenó ejecutar la decisión disciplinaria de prorrogar la suspensión del señor Samuel Moreno Rojas por el término de 3 meses más, en el cargo de alcalde de Bogotá, adoptada por la Procuraduría General de la Nación mediante auto de 2 de agosto de 2011 (copia del decreto reposa a Ff. 1955-1965, cuaderno núm. 9).
- El presidente de la República mediante Decreto 4078 de 2011, ordenó ejecutar la decisión disciplinaria adoptada por la Procuraduría General de la Nación mediante el fallo disciplinario de 24 de octubre de 2011-consistente en-suspensión e inhabilidad especial en el ejercicio del cargo- por el término de 12 meses- y para tal efecto, en este decreto ordenó prorrogar la suspensión hasta el cumplimiento del periodo de alcalde. (copia del decreto reposa a fls2838 al 2840, cuaderno núm. 11).

5.1.6.2. La Sala concluye de todo lo anterior, que el procurador general de la nación tenía la capacidad jurídica para sancionar con suspensión al señor Samuel Moreno Rojas en su calidad de alcalde mayor de Bogotá, en tanto que ésta tuvo origen en la función de vigilancia disciplinaria que corresponde a dicho ente de control en virtud del art. 277-6 constitucional. Además, no correspondía al presidente de la República la suspensión indicada, por cuanto no se trató de un asunto expresamente asignado al poder ejecutivo en aplicación de una norma expresa. Finalmente, como lo demostraron las pruebas documentales en cita, la ejecución de la sanción disciplinaria se realizó por el presidente de la república en atención a lo dispuesto en el art. 172 del código disciplinario único, en concordancia con el art. 44 del Decreto 1421 de 1993 -Estatuto Orgánico de Bogotá-. De tal manera, que al no demostrarse la falta de competencia en la expedición de los actos disciplinarios, se niega el cargo.

5.2. Falta de competencia de la viceprocuradora para resolver la recusación interpuesta en contra del procurador general de la Nación.

5.2.1. La parte demandante argumentó que la viceprocuradora general de la nación carecía de competencia para resolver la recusación presentada en contra del procurador general de la Nación.

5.2.2. Para resolver este cargo, la Sala se remite al contenido de la sentencia proferida por la Corte Constitucional SU- 712 de 2013²²³, en la cual se declaró, que la competencia del viceprocurador general para resolver las recusaciones presentadas en contra del procurador general es ajustada al orden constitucional, fundamentalmente por las siguientes razones:

²²³ Corte Constitucional, sentencia SU – 712 de 17 de octubre de 2013, magistrado ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

5.2.3. Consideró que dicho funcionario, al tener la competencia para resolver los impedimentos en virtud del art. 17 del Decreto 262 de 2000, también la ostenta para conocer de las recusaciones rechazadas por el procurador general de la Nación. Esta interpretación se consolidó con posterioridad por la Corte, al estudiar la constitucionalidad del art. 88 de la Ley 734 de 2002²²⁴ norma en la que expresamente se indicó que «si el procurador general de la Nación se declara impedido o es recusado y acepta la causal, el viceprocurador general de la nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria», al considerar que la asignación de dicha competencia correspondió al margen de configuración normativa del legislador. Además, argumentó que si alguna de las partes ve amenazada la objetividad en la decisión, puede alegar la nulidad del acto para demostrar la falsa motivación o desviación de poder.

5.2.4. Corolario de lo dicho, la viceprocuradora general de la nación era la funcionaria competente para resolver la recusación presentada en contra del procurador general de la Nación. De tal manera, que la decisión de 19 de octubre de 2011 en la cual, la entonces viceprocuradora general de la Nación resolvió «rechazar la recusación formulada por el disciplinable Samuel Moreno Rojas en contra del doctor Alejandro Ordoñez Maldonado Procurador General de la Nación»²²⁵, no está viciada de nulidad por falta de competencia y en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar.

5.3. Falta de competencia del procurador general de la Nación para proferir la decisión de única instancia, por haber sido previamente recusado.

Basta con señalar, que la presentación de recusación genera dos tipos de consecuencias respecto de la competencia del funcionario que conoce del asunto. En efecto, de una lectura sistemática de los artículos 87 y 88 de la Ley 734 de 2002, en los cuales se regula -el procedimiento en caso de impedimento y recusación-, se concluye que si se acepta el impedimento o recusación se determinará el nuevo funcionario que tendrá el conocimiento del asunto, en caso contrario, de negarse, se infiere, que el funcionario acusado conserva la competencia para continuar tramitando el proceso disciplinario. Esta circunstancia, tuvo pleno efecto en el presente, dado que la viceprocuradora general de la nación al rechazar la recusación el 19 de octubre de 2011, ordenó «proseguir la ritualidad procesal como lo señala el art. 87 del Código Disciplinario único [...]».

5.3.1. La Sala concluye, que al haberse rechazado la recusación en contra del procurador general, este funcionario mantenía la competencia para decidir en única instancia el proceso disciplinario, en consecuencia el cargo se niega.

6. Falsa motivación.

sentencia C-1076 de 2002,

²²⁴ Ff. 2431-2442. Cuaderno 10.²²⁴ sentencia C-1076 de 2002,

²²⁵ Ff. 2431-2442. Cuaderno 10.

6.1 A juicio del demandante, los actos disciplinarios incurren en falsa motivación, por cuanto en ellos no se precisó las actividades que el alcalde debió realizar en ejercicio del control de tutela, no se demostró que el burgomaestre conociera de la obligación de cumplir el deber presuntamente infringido, además le dio alcance de deber a lo que realmente era una atribución, además que si se tratara de un deber, el alcalde cumplió por cuanto los contratos de la fase III de Transmilenio, contaban con las pólizas de garantía respectivas.

6.2 Valga señalar, que la falsa motivación se presenta «cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo, se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación»²²⁶.

6.3 Contrario a lo afirmado por la parte demandante, en el presente proceso se concluyó que sí hay un deber funcional del alcalde mayor de asegurar la construcción de las obras, que se tiene que analizar desde la perspectiva de la función administrativa. Adicionalmente, el ministerio público identificó de forma clara los fundamentos de hecho que llevaron a imponer la sanción al señor Samuel Moreno Rojas, los cuales fueron citados *in extenso* en los párrafos que preceden, junto con la descripción probatoria que los soportó.

6.4 Finalmente es oportuno señalar, -que el deber de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito-, no está relacionado con las pólizas de garantía contractual en el marco de la Ley 80 de 1993, ya que como se indicó ampliamente al estudiar la tipicidad de la conducta, este se desarrolla a través del control administrativo que es propio sobre las entidades descentralizadas por servicios. Siendo ajeno a dicho control, cualquier intervención del alcalde mayor como parte contractual.

Con fundamento en todo lo anterior, el presente cargo no tiene vocación de prosperidad.

7. Desviación de poder.

7.1 La mencionada causal de nulidad ha sido definida por la doctrina de la siguiente manera:

«Otro de los elementos de los actos administrativos se refiere a la finalidad que es tenida en cuenta por la autoridad administrativa al momento de ejercer su competencia. En efecto, siempre que se emite un acto administrativo, la administración busca obtener un propósito o un resultado. En consecuencia, esta causal de anulación se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado

²²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de febrero de 2000, expediente 5.501, magistrado ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dicen los artículos 137 y 138 del CPACA, “con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

Esta finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general, como se desprende del artículo 209 de la Constitución Política. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña

El vicio de desviación de poder no corresponde a un mero juicio de legalidad como ocurre con otras causales de anulación de los actos administrativos, **sino que es necesario que quien demande la nulidad de un acto administrativo invocando este vicio, acredite los elementos probatorios suficientes para demostrar que efectivamente el acto fue adoptado con una finalidad diferente a la señalada por la norma que autoriza la competencia, para con ello desvirtuar la presunción de legalidad del acto.**

Sin embargo, esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión. En muchas ocasiones la norma no expresa la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual será el juez quien deberá determinarla utilizando elementos accesorios, como los antecedentes de la norma»²²⁷.

7.2 Como se desprende de lo anterior, la desviación de poder consiste en el ejercicio de una atribución para la cual el funcionario tiene la competencia, pero busca un fin distinto del que permite o establece la norma.

7.3. Análisis del vicio de desviación de poder en el caso concreto.

En el caso *sub lite*, la parte demandante insistió en que el proceso disciplinario adelantado al señor Samuel Moreno Rojas consistió en una persecución política mediática, instada por los medios de comunicación. No obstante, se observa que las afirmaciones realizadas no fueron respaldadas o soportadas a través de medios de prueba que permitan acreditar los supuestos de hecho alegados por la parte demandante.

7.3.1. En consecuencia, como quiera que la carga de la prueba corresponde a quien demanda el acto administrativo y ésta no se cumplió, no queda más a la Sala que negar el presente cargo.

8. Expedición de los actos administrativos disciplinarios con infracción de las normas en que deberían fundarse.

8.1 El apoderado del señor Samuel Moreno Rojas, refirió que en los actos sancionatorios, el ministerio público incurrió en una serie de omisiones

²²⁷ LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Derecho Administrativo General y Colombiano, 20ª ed., Tomo I Bogotá, Temis, 2011, pp. 151 a 153.

relacionados con las disposiciones constitucionales y legales que desarrollan la naturaleza especial del distrito de Bogotá.

8.2 Sobre el particular, basta con mencionar que la causal invocada consiste en el «desconocimiento de las disposiciones normativas que componen el marco jurídico del acto administrativo. En otros términos, el cargo de nulidad se configura luego de que el acto no se adecua a las normas superiores a las cuales debía respeto y acatamiento»²²⁸.

8.3 La Sala considera que el presente cargo no está llamado a prosperar, por cuanto que los fallos disciplinarios se fundamentaron en el marco jurídico que corresponde dentro de dicha actuación, tal como se analizó en cada uno de los cargos que preceden, y de los cuales es posible concluir, que se aplicaron las normas disciplinarias pertinentes, como la Ley 734 de 2002, asimismo se atendió al cumplimiento de las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento disciplinario como el art., 29 de la Constitución Política, y aquellas del Estatuto Orgánico de Bogotá previstas en el Decreto Especial 1421 de 1993.

8.4 Así las cosas, la Sala no reanudará el análisis de las normas mencionadas, como quiera que su estudio ya fue objeto de pronunciamiento a lo largo de esta providencia.

9. De la condena en costas.

Las costas procesales, entendidas como los gastos necesarios en los que las partes tuvieron que incurrir para ejercer una correcta defensa de sus intereses dentro del proceso judicial, comprenden de un lado, las expensas o gastos ordinarios del proceso y de otra, las agencias en derecho.

Su reconocimiento está regulado por el art. 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el cual dispone que: «Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código Procedimiento Civil.», en armonía con lo anterior, el numeral 10 del art. 365 del Código General del Proceso señala que la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas : «[...] se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]».

Así mismo, el numeral 8º del art. 365 del Código General del Proceso, señala expresamente que «solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación».

En el caso concreto, y de acuerdo con todo lo anterior, se advierte, que hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, como quiera

²²⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. CP. Lucy Janeth Bermúdez. Núm. nº 11001-03-28-000-2016-00038-00.

que: *i*) resultó vencida en el proceso y, *ii*) por cuanto se demostró la participación de la parte demandada a través de apoderado judicial. La liquidación se efectuará según lo dispuesto por el art. 366 del Código General del Proceso.

V. CONCLUSIÓN

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

VI. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la pretensión de nulidad de los actos sancionatorios de 24 de octubre y 12 de diciembre de 2011, proferidos por la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales sancionó al señor Samuel Moreno Rojas con suspensión en el ejercicio del cargo de alcalde mayor del distrito de Bogotá por el término de 12 meses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente diligencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, según lo dispuesto en los arts., 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

CUARTO: En firme esta decisión, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
CON IMPEDIMENTO**