

DEBIDO PROCESO EN MATERIA DISCIPLINARIA / NULIDAD EN EL PROCESO DISCIPLINARIO - Procede frente a vulneración del debido proceso

Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002 establecen la garantía del debido proceso, que comprende un conjunto de principios materiales y formales de obligatorio acatamiento por parte de las autoridades disciplinarias, en cuanto constituyen derechos de los sujetos disciplinables que se traducen, entre otras cosas, en la posibilidad de defenderse, presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que los afecten; cuando ello no ocurre el sancionado puede acudir ante el juez de lo contencioso-administrativo en demanda de nulidad de las decisiones adoptadas por los funcionarios administrativos, si se evidencia una violación del debido proceso.

FUENTE FORMAL : LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 29

MODIFICACIÓN IRREGULAR DEL CONTRATO ESTATAL / DESEMBOLSO DE ANTICIPO / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / SEGURIDAD JURÍDICA / CONTRATO DE OBRA DE LA FASE III DEL SISTEMA TRASMILENIO

La Sala advierte que la modificación constituye una forma de mutabilidad de los contratos estatales, pero no debe ser arbitraria y caprichosa, puesto que, por una parte, es reglada como toda actividad del Estado, que incluye el principio de planeación y, por la otra, debe garantizarse la seguridad jurídica y el respeto a todos los oferentes. (..) Con la modificación en cuestión, se eliminaron de manera irregular los requisitos concernientes al programa de obra y cronograma de metas físicas y la información sobre evaluación y revisión de los estudios y diseños suministrados por el IDU, y se dejaron como únicos presupuestos para el desembolso del anticipo la presentación del plan de inversión y su buen manejo y el acta de iniciación de la etapa de construcción de la obra. Por lo anterior, resulta ajustada a derecho la determinación de la Procuraduría General de la Nación en cuanto concluyó en la investigación disciplinaria que la modificación no tuvo justificación real ni legal, por cuanto los trabajos no se podían ejecutar sin el programa detallado de obra, ni el cronograma de metas físicas a desarrollar mensualmente, lo que, además, implicó consecuencias perjudiciales para la administración distrital, en la medida en que se dificultaron las funciones de control y vigilancia del interventor del contrato sobre el manejo del anticipo, atribuciones que estaban atadas a los requisitos que fueron eliminados y de contera, se permitió que actividades que estaban previstas para la etapa de preconstrucción se realizaran en la de construcción.

FUENTE FORMAL : LEY 734 DE 2002 -ARTÍCULO 48

MULTAS – Finalidad / NEGLIGENCIA EN LA IMPOSICIÓN DE MULTAS AL CONTRATISTA

El propósito de la multa se asocia con un fin proteccionista del interés público que involucra la celebración del contrato estatal, en tanto busca la ejecución efectiva de la labor encomendada al contratista, al margen de que su satisfacción oportuna hubiese causado o no daño al ente contratante, su finalidad, en esencia, es fungir como herramienta de apremio o acoso dirigida a compeler al contratista para el cumplimiento del objeto contractual en la forma y tiempo acordados. No obstante, el [demandante] le restó importancia a la imposición de las multas, pese a que estaban pactadas en el contrato estatal de obra 137 de y afirma en la demanda, de manera simple, que eran facultativas y que ante el incumplimiento del

contratista, la administración contaba con la cesión del contrato, como sucedió en este caso al grupo empresarial Vías de Bogotá, postura que para la Sala denota una actitud inconsecuente del actor frente al manejo de los asuntos del Estado, y se opone de manera frontal a los fines de la contratación estatal, en virtud de los cuales los servidores públicos deben tener en cuenta que al celebrar contratos y con la ejecución de ellos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL : LEY 1150 DE 2007-ARTÍCULO 17

OMISIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO /SUSCRIPCIÓN IRREGULAR DE CONTRATOS ADICIONALES

La entidad accionada demostró que el [demandante], como director técnico legal y luego subdirector general jurídico del IDU, sin respaldo fáctico y legal, ni justificación para haber omitido la licitación o selección pública de los contratistas que debieron construir las obras en cuestión, impartió aprobación jurídica a lo que posteriormente se convirtió en adición a los contratos estatales de obra 135, 136, 137 y 138 de 2007 los proyectos de valorización 122, 123, 124, 112 y 154, que eran asuntos independientes no indispensables para adecuar la calle 26 y la carrera 10ª al sistema Transmilenio, con lo que se omitió el procedimiento público de selección por licitación consagrado en el artículo 2 (numeral 1) de la Ley 1150 de 2007, pese a que las adiciones totalizaron \$70.805.422.307.oo. La Procuraduría evidenció que los mencionados proyectos de valorización eran independientes de la fase III del sistema Transmilenio, que tenían fuentes de financiación distintas y destinación específica, puesto que las obras previstas en el Acuerdo 180 de 2005 se originaron en el recaudo de los contribuyentes de Bogotá, mientras que la fuente de financiación del mencionado sistema de transporte provenía de recursos de la Nación y del Distrito Capital, en virtud de acuerdo celebrado entre ambos (anexo 148, folios 55 a 56 del cuaderno administrativo y folio 391, dorso del expediente judicial).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D. C., catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00473-00(1955-12)

Actor: INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema:	Sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad de 17 años
Actuación:	Sentencia única instancia - Ley 1437 de 2011

Agotado el trámite procesal de instancia y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala se ocupa de dictar sentencia de mérito dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 510 a 533). El señor Inocencio Meléndez Julio, mediante apoderada, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación, Procuraduría General de la Nación, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declaren nulos, en lo pertinente al actor: i) la decisión de única instancia de 22 de junio de 2011¹, expedida por el procurador general de la Nación, a través de la cual lo sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad general por 17 años; y ii) el acto administrativo de 6 de diciembre del mismo año², con el que el citado funcionario, al resolver el recurso de reposición, confirmó la sanción.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad al reconocimiento y pago indexado de los perjuicios materiales y morales: los primeros por valor equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes y los segundos a 300; que se declare que no existió solución de continuidad durante la inhabilidad; se ordene a la demandada cancelar de sus registros la anotación de las sanciones impuestas; se le condene al pago de las costas y agencias en derecho y que cumpla la sentencia dentro del término establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo (sic).

¹ Folios 27 a 442.

² Folios 446 a 508; ejecutoriada el 27 de diciembre de 2011. Ver folio 509.

1.3 Hechos (ff. 513 a 518). Relata la apoderada del demandante que, dentro de la investigación disciplinaria cuestionada, el procurador general de la Nación formuló al actor cuatro cargos mediante acto de 11 de octubre de 2019 (los transcribe); hace un relato del trámite del procedimiento disciplinario desarrollado hasta la expedición de los actos acusados.

1.3.1 Síntesis de las circunstancias que generaron la investigación disciplinaria y la sanción. El procurador general de la Nación, en 2011, investigó y sancionó en única instancia con destitución e inhabilidad general por 17 años al demandante, como director técnico legal y subdirector general jurídico del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) de Bogotá.

Lo anterior, por cuatro faltas disciplinarias derivadas del procedimiento administrativo de contratación de las obras de construcción 2007 de la calle 26 y la carrera 10ª de la fase III del sistema Trasmilenio de Bogotá por parte del IDU, así: i) por su participación en la eliminación irregular de algunos requisitos pactados en el contrato principal de obra 137 de 2007 que el contratista debía presentar, para facilitar ilegalmente el desembolso del anticipo, lo que, de contera, dejó sin herramientas al interventor del contrato para que ejerciera control y seguimiento a la ejecución de las obras, atribuciones que dependían de los requisitos eliminados; la falta fue calificada como gravísima, a título de dolo; ii) por su intervención en una aparente e indebida «*actualización*» de los estudios y diseños de las mencionadas obras «*para diseñar los posibles faltantes o el rediseño de los mismos*» y haber aprobado otrosí a los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2007, en los que se dispuso que, para tal efecto, los constructores podían adelantar tareas de la etapa de preconstrucción en la de construcción, incluyendo el valor de las «*actualizaciones*» dentro del monto a pagar por precios unitarios, que se liquidarían como ítems no previstos, falta calificada también como gravísima y dolosa; iii) haber omitido orientar oportuna y adecuadamente en lo jurídico a la entidad para imponer multas al contratista, pese a los evidentes incumplimientos y retrasos en la ejecución de las obras; se le consideró como falta grave a título de culpa grave; y iv) por la participación en la celebración irregular de contratos adicionales en valor, que totalizaron \$70.805.422.307.00³, a los contratos principales 135, 136, 137 y 138 de 2007, para omitir el procedimiento licitatorio y eludir la selección objetiva, conducta catalogada también como falta gravísima y dolosa (ff. 434 a 436).

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto (ff. 519 a 529). El actor considera que los actos demandados son violatorios de los artículos 6, 11, 29 y 209 de la Constitución Política; 4, 6, 19 y 21 de la Ley 734 de 2002; 1, 3, 4 (numeral 8) 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993; y 17 de la Ley 1150 de 2007. Formula contra ellos los siguientes cargos:

³ Es la suma del valor de los contratos adicionales imputados en el pliego de cargos al actor como irregulares. Ver folios 387 y 388 del expediente.

i) *Expedición irregular.* Lo sustenta en que la Procuraduría General de la Nación solo podía investigar los hechos relacionados con el retraso y ejecución irregular de las obras del tramo 4 de la fase III de construcción del sistema Trasmilenio, que había dado lugar a la indagación preliminar, no los referidos al diseño de las obras, en razón a que sobre estos el mismo procurador general había emitido concepto de legalidad, que incluía licencias ambientales, presupuesto y diseños; que, además, la procuraduría segunda distrital de Bogotá había ordenado el archivo definitivo de la investigación disciplinaria, por considerar que todos los requisitos previos, incluidos los de diseños, estaban incorporados en el procedimiento licitatorio para la contratación de la fase III de tal sistema.

ii) *Infracción de las normas en que debían fundarse.* Asegura, en la difusa argumentación, que las sanciones por los cargos primero, segundo y cuarto son ilegales, en cuanto las conductas reprochadas se ciñeron a los artículos 1, 3, 4 (numeral 8) 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, que permiten realizar adiciones a los contratos estatales por necesidades técnicas. Agrega que la falta disciplinaria se comete por violación a la ley y no a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Que la Procuraduría vulneró el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 al considerar que no imponer multas al contratista incumplido constituye falta gravísima, si estas son potestativas y deben atender el debido proceso; solo proceden, dice, cuando la relación contractual esté vigente, y en este caso el contrato 137 de 2007 fue cedido al grupo empresarial Vías Bogotá. Que aún, ante el incumplimiento, la administración cuenta con otras herramientas para superar los obstáculos del avance de las obras, como lo fue aquí la mencionada cesión.

Aduce que, según el artículo 29 de la Constitución Política, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, que, no obstante, la suscripción de los otrosíes en el contrato de obra con el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) alusivos a la actualización de diseños y desembolso del anticipo, la Procuraduría los imputó y sancionó como hechos distintos a pesar de que se trataba de una misma conducta, lo que incidió en forma perjudicial sobre la inhabilidad de 17 años que se le impuso.

iii) *Falsa motivación de los actos acusados.* Censura que no existe correspondencia entre los motivos y la sanción por ausencia de realidad de los primeros, se trató de un discurso teórico; que, contrario a lo que estima la Procuraduría, ocurrió que ante la presencia de algunas insuficiencias de los diseños, no se podían paralizar las obras a la espera de que aquellos se actualizaran, lo que implicó, como medida de razonabilidad y eficacia, desembolsar el anticipo para iniciar y continuar el proyecto, al punto que de los cinco contratistas de la fase III de Trasmilenio, cuatro cumplieron y las medidas fueron eficaces, en tanto solo uno de ellos incumplió, pero cedió el contrato. Que

no fueron las decisiones que adoptó el IDU las causantes del mencionado incumplimiento, sino la incapacidad administrativa, operativa y financiera del grupo empresarial Nule, liquidado.

iv) *Desviación de poder*. Lo sustenta en que los hechos relacionados con los diseños de las obras ya habían sido juzgados; que actuó por la confianza legítima que le generó el concepto de legalidad emitido al respecto por el procurador general de la Nación. Estima que se configuró este vicio también por la errada interpretación de la entidad al considerar que la aplicación de las multas es obligatoria, cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que son facultativas.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de 8 de febrero de 2017 (f. 557); se ordenó la notificación personal al procurador general de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así como al señor agente del Ministerio Público, y se dispuso dar traslado de aquella conforme al artículo 172 del CPACA.

2.1 Contestación de la demanda (f. 575 a 590). La Procuraduría General de la Nación, por conducto de apoderado, contestó la demanda, en cuyo memorial defiende la legalidad de los actos acusados. Aduce que la apoderada del actor no especifica claramente las causales de nulidad que invoca.

Que el acompañamiento preventivo de la Procuraduría General de la Nación a la licitación 22 de 2007 y la decisión de archivo proferida por la procuraduría segunda distrital se refieren a hechos distintos a los de la investigación disciplinaria aquí cuestionada, por consiguiente, no se viola el principio de *non bis in idem*. Al señor Meléndez Julio se le imputaron cargos frente a la etapa contractual de los mencionados contratos, mientras que la fase precontractual no fue tan siquiera tenida en cuenta en las actuaciones de la mencionada procuraduría segunda distrital. Que no es cierto, entonces, que el Ministerio Público haya hecho pronunciamientos previos sobre los acontecimientos que motivan la sanción ahora demandada.

Que el otrosí 2 al contrato 137 de 2007 contó con la aprobación del señor Meléndez, como subdirector jurídico del IDU, con el cual se permitió que el anticipo entregado no alcanzara los propósitos fijados, dado que, con su anuencia, se eliminaron como requisito para el desembolso el plan de inversión y buen manejo de aquel y el acta de inicio de la etapa de construcción, lo que, a su vez, dificultó las labores del interventor, pues no había manera de verificar el cumplimiento de la ejecución de las obras.

Agrega que el actor, como subdirector jurídico del IDU, no observó el deber funcional de orientar a las áreas ejecutoras de la entidad sobre la imposición

oportuna de las multas al contratista incumplido, lo que condujo a que no se adoptaran medidas de apremio a este, que se tradujo en retraso de las obras y corrupción.

Que, al examinar el contenido de los actos acusados, no se evidencia falsa motivación, puesto que en el expediente disciplinario responsan las pruebas que demuestran los hechos y comportamientos imputados al actor.

2.2 Audiencia inicial (ff. 601 a 605). El 30 de enero de 2019 se celebró la audiencia inicial en la que, entre otros aspectos, (i) se fijó el litigio del caso, (ii) se tuvieron como pruebas los documentos allegados por las partes y (iii) se prescindió de mayor período probatorio.

2.3 Alegatos de conclusión. En la citada audiencia inicial el despacho consideró que, por razones operativas y de celeridad procesal, no resultaba indispensable la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento prevista en el artículo 182 del CPACA, por lo que se prescindió de esta conforme al inciso final del artículo 181 *ibidem* y se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión y recibir concepto del Ministerio Público, oportunidad que solo aprovechó este último.

2.4 Concepto del Ministerio Público (ff. 615 a 628). La procuradora segunda delegada ante esta Corporación estima que las súplicas de la demanda se deben negar.

Asegura, en resumen, que sobre la competencia del ente disciplinario, todos los aspectos que abarcó la investigación desarrollada por la Procuraduría General de la Nación se ajustan al ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 153 de la Ley 734 de 2002, puesto que los hechos investigados y sancionados guardan conexidad en torno a la ejecución de obras de construcción de la fase III del sistema Trasmilenio y se podían ampliar o adicionar las pesquisas, e inclusive vincular otros servidores públicos.

Acota que en la actuación disciplinaria que inició la personería distrital de Bogotá faltó relacionar hechos irregulares de indiscutible correspondencia con el proyecto de infraestructura, que la Procuraduría adicionó en ejercicio de su poder preferente respecto de las oficinas de control interno en cualquier etapa del proceso, incluso si se ha producido decisión de primera instancia, según lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C- 057 de 1998.

Que tampoco se vulneró el principio de *non bis in idem*, en razón a que la procuraduría segunda distrital investigó al demandante por la etapa precontractual de la obras de adecuación de la calle 26 y la carrera décima al sistema de Trasmilenio de Bogotá, pero no lo referente a los contratos celebrados por el

Distrito, que difieren de los hechos de la aprobación irregular que impartió el demandante, como director técnico legal, para que la directora del IDU pudiera suscribir otrosí a los contratos 134, 135 136, 137 y 138 de 2007 correspondientes a la etapa de preconstrucción, pese a que ya estaban en la de construcción, y por no asesorar a las áreas encargadas de imponer multas al contratista incumplido. Que, si bien las dos investigaciones involucran la contratación y ejecución del proyecto fase III de Trasmilenio, lo cierto es que los hechos por los que resultó aquí sancionado el actor son diferentes.

Para el Ministerio Público se demostró en sede administrativa que el demandante aprobó, para la firma de la directora del IDU, el otrosí al contrato 137 de 2007, con el propósito de reducir ilegalmente los requisitos que con anterioridad se había estipulado para el desembolso del anticipo, pese a que comportaba una modificación al contrato, que no era viable efectuarla a través de esta figura, amén de que no estaban justificadas las variaciones que se hicieron, con lo que se evidenció que lo que buscaban era adelantar irregularmente el desembolso de anticipo.

Que el ente de control cuestionó al sancionado Meléndez Julio la aprobación que impartió a los memorandos DTL-6000-11094 de 2 de marzo de 2009 y DTL-6000-10064 de 5 de los mismos mes y año, para que fueran suscritos por la directora del IDU Liliana Pardo Gaona, que hacían referencia a instrucciones para el manejo, vigilancia y control del anticipo, en los que se señaló que en el momento en que el contratista rindiera los informes debía presentar los comprobantes de egresos debidamente soportados con facturas, y además se permitió que los contratistas presentaran los soportes con posterioridad a la fecha del informe mensual, facilitando así la entrega de los recursos sin el cumplimiento de todos los requisitos exigidos que garantizaran el desarrollo cabal de las obras; en consecuencia, con la expedición de tales memorandos y del oficio SGJ-405-23181 de 6 de junio de 2009 se logró el desembolso en más del 80% de los recursos.

Que con los «otrosí» suscritos, \$2.500 millones de pesos fueron imputados al contrato original por vía de imprevistos, a pesar de que se trataba de actividades nuevas no contempladas en el pliego de condiciones, sin exigir a los consultores de los contratos 129 y 133 de 2007 que entregaran oportunamente los diseños para que los constructores iniciaran las obras en la etapa de construcción, y al modificar el concepto de valor unitario entre el 5% y el 10% del monto destinado para el pago de redes, se afectaron los recursos públicos, porque se adicionaron en forma ilegal los valores inicialmente acordados.

Afirma que no se podían soportar los «otrosíes» en faltantes de diseños, puesto que ya se había realizado el balance de estos últimos y, por otro lado, si los diseños no servían o no alcanzaban para ejecutar las obras, no era a través de la figura del «otrosí» como se podía contratar la realización de nuevos diseños,

puesto que estaban previamente acordados, y, en ese orden, se modificaron los contratos de obra 134 a 138 de 2007, cuyas cláusulas no permitían esta clase de modificaciones, es decir, que se cambió la naturaleza sustancial de estos, en razón a que no se podían adicionar los diseños faltantes que habían sido contratados desde 2005, circunstancias que dieron lugar a que los constructores entregaran la programación de las obras 3 meses después, proceder irregular que constituye falta gravísima, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 (numeral 31) de la Ley 734 de 2002.

Que el demandante emitió recomendaciones sobre el procedimiento a seguir para la imposición de las multas, sin embargo, fue muy general para todo el tema de la contratación, sin que lo haya advertido de manera específica en el caso del proyecto de la fase III de Transmilenio, a pesar de su importancia y de todos los incumplimientos que se presentaban en su desarrollo, los cuales ameritaban un rastreo individual y concreto, de suerte que resulta evidente que vulneró el artículo 25 (numeral 4) de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de economía, al permitir que se postergaran los contratos en el tiempo, sin adoptar las medidas necesarias para solucionar el incumplimiento de los contratistas, hasta el punto de permitir que el proyecto quedara a la deriva, sin ningún control en su ejecución.

III CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del numeral 2 del artículo 149 del CPACA⁴ y lo expuesto por el pleno de la sección segunda del Consejo de Estado en auto de 30 de marzo de 2017⁵, esta Colegiatura es competente para conocer en única instancia de las controversias en las que se impugnan sanciones disciplinarias administrativa que carezcan de cuantía proferidas por autoridades nacionales, y, sin atención a la cuantía, las que se promuevan contra los actos expedidos por el procurador general de la Nación (como la presente), el viceprocurador general o la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, cuando actúan por delegación de aquel, en ejercicio del poder disciplinario.

3.2 Actos acusados

⁴ «El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:(...) 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional.

También conocerá de las demandas que, en ejercicio de la indicada acción, y sin atención a la cuantía se promuevan en contra de los actos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario y las demás decisiones que profiera como supremo director del Ministerio Público».

⁵ Consejero ponente César Palomino Cortés, expediente 111001032500020160067400 (2836-2016).

3.2.1 Decisión de única instancia de 22 de junio de 2011⁶, en lo pertinente al actor, expedida por el procurador general de la Nación, a través de la cual lo sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad general por 17 años.

3.2.2 Acto administrativo de 6 de diciembre del mismo año⁷, con el que el citado funcionario, al resolver el recurso de reposición, confirmó la sanción.

3.3 Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala determinar si los actos acusados fueron expedidos con infracción de las normas citadas en la demanda, por: i) expedición irregular; ii) infracción de las normas en que debían fundarse; iii) falsa motivación; y iv) desviación de poder, de conformidad con los hechos y los cargos planteados en el libelo introductorio.

3.4 Pruebas relevantes. Se hará referencia a las pruebas que guardan relación con el problema jurídico derivado de las causales de nulidad invocadas en la demanda, así:

1. De acuerdo con lo consignado en la decisión de 22 de junio de 2011, el señor Inocencio Meléndez Julio se desempeñó como director técnico legal del IDU, empleo para el que fue nombrado mediante Resolución 1262 de 16 de marzo de 2007 y tomó posesión el mismo día. Posteriormente, fue designado subdirector general jurídico del mismo Instituto a través de Resolución 1170 de 24 de abril de 2009, del que tomó posesión el 27 siguiente (f. 31).
2. La decisión sancionatoria demandada quedó ejecutoriada el 27 de abril de 2011, según consta en la certificación de 29 de diciembre del mismo año, expedida por la coordinadora del grupo asesores anticorrupción del despacho del procurador general de la Nación (f. 507).
3. Se tiene en cuenta el expediente disciplinario que contiene la actuación administrativa que dio lugar a los actos acusados, aportado en condición de préstamo por el despacho a cargo del consejero César Palomino Cortés⁸, que reposa como antecedentes administrativos dentro del proceso 11001-03-25-000-2012-00485-00 (1967-2012), promovido por el señor Rafael Hernán Daza

A las demás pruebas en particular hará referencia la Sala en el momento de resolver cada uno de los cargos planteados en la demanda contra los actos acusados.

3.5 Debido proceso en el procedimiento disciplinario. Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002 establecen la garantía del debido proceso, que comprende un conjunto de principios materiales y formales de

⁶ Folios 27 a 442.

⁷ Folios 446 a 508; ejecutoriada el 27 de diciembre de 2011. Ver folio 509.

⁸ Con oficio de 12 de febrero de 2019. Ver folio 613

obligatorio acatamiento por parte de las autoridades disciplinarias, en cuanto constituyen derechos de los sujetos disciplinables que se traducen, entre otras cosas, en la posibilidad de defenderse, presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que los afecten; cuando ello no ocurre el sancionado puede acudir ante el juez de lo contencioso-administrativo en demanda de nulidad de las decisiones adoptadas por los funcionarios administrativos, si se evidencia una violación del debido proceso.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el debido proceso constituye un mandato inexcusable que no pueden desatender las dependencias del Estado en sus distintos niveles de jerarquía, tanto en el sector central como en el descentralizado y en todas las ramas del poder público y organismos de control respecto de las actuaciones de sus correspondientes órbitas de competencia, so pena de incurrir en flagrante violación de la preceptiva constitucional y en ostensible abuso de sus atribuciones en detrimento de los derechos fundamentales, ocasionando a la vez la nulidad de las decisiones adoptadas con infracción de los preceptos superiores⁹

Congruente con lo anterior, también la jurisprudencia constitucional ha sido particularmente reiterativa en que en todos los trámites de naturaleza disciplinaria, los respectivos funcionarios deberán observar y aplicar de manera rigurosa el derecho fundamental al debido proceso, lo que incluye, además de aquellas garantías que, según se explicó, conforman su contenido básico aplicable en todos los casos, las que la jurisprudencia ha señalado como propias de este tipo de procedimientos:

A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado desde sus inicios el mínimo de aspectos inherentes a la noción de debido proceso, cuya vigencia es indispensable en todo tipo de actuación disciplinaria. Esos criterios, que se traducen en deberes de la autoridad disciplinaria, son los siguientes¹⁰:

- i) La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción;*
- ii) La formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias;*
- iii) El traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados;*
- iv) La indicación de un término durante el cual el acusado pueda*

⁹ Sentencia T- 460 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Sobre este tema ver especialmente la sentencia T-301 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), reiterada en otras posteriores, entre ellas T-433 de 1998 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), T-561 de 2005 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1034 de 2006 y C-213 de 2007 (en estas dos M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-542 de 2010 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos;

v) El pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente;

vi) La imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y

vii) La posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones.”

En la misma línea, la jurisprudencia se ha referido también a los siguientes elementos o principios, derivados del artículo 29 superior y aplicables a todas las actuaciones disciplinarias¹¹: *“(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus”*¹².

3.6 Caso concreto relativo a los problemas jurídicos derivados de las causales de nulidad invocadas en la demanda. Para resolverlos, resulta pertinente conocer previamente los cargos imputados al demandante durante la investigación disciplinaria, que la Procuraduría General de la Nación configuró de la siguiente manera:

4.2 PRIMER CARGO IMPUTADO AL SEÑOR INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO (ANTICIPO)

4.2.1 CARGO IMPUTADO AL SEÑOR INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO EN MATERIA DE ANTICIPOS.

El señor INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO, en su calidad de Director Técnico Legal, cargo ejercido entre el 16 de marzo de 2007 y el 26 de abril de 2009, (Folios 479 y 480, cuaderno original 2), posiblemente incurrió en falta disciplinaria al aprobar la suscripción del Otrosí N° 2 del 16 de octubre de 2008 por parte de la Dirección General del IDU, mediante el cual se disminuyeron los requisitos señalados en el Contrato Principal de Obra N° 137 de 2007, previstos en la cláusula 10.1, para el desembolso del anticipo, con lo cual orientó de manera contraria a los principios constitucionales y legales que rigen la modificación de los contratos mediante otrosí, en el caso específico, en materia de anticipos.

Aunada a esta conducta revisó, como Subdirector General Jurídico, la

¹¹ Cfr. especialmente la sentencia C-555 de 2001 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), además de las ya citadas T-1034 de 2006, C-213 de 2007 y C-542 de 2010.

¹² Sentencia T-429 de 2014, M. P. Andrés Mutis Vanegas, véase también la sentencia C- 721 de 2015.

expedición del memorando SGJ -405-23181 del 9 de junio de 2009, que interpretó disposiciones del Manual de Interventoría en contra de los intereses de la administración y del interés general que le exigen el cuidado y manejo esmerado del Patrimonio Público; acto sustentado en un Oficio de la Contraloría Distrital que no imponía realizar interpretaciones, modificaciones o aclaraciones sobre la vigilancia y control del anticipo. Con su participación en la actividad contractual, revisando y aprobando el otrosí del 16 de octubre de 2008, y luego dando viabilidad jurídica al memorando en mención, el señor Meléndez contribuyó a la flexibilización en la entrega del anticipo y disminución de manera notable de los controles que la entidad y el Interventor debían ejercer sobre la inversión y manejo del mismo.

La falta de vigilancia a la que quedaron expuestos los dineros públicos con la flexibilización y disminución de controles que debía ejercer el Interventor sobre la inversión y manejo del anticipo, permitió que el Contratista, Unión Temporal Transvial, hiciera uso de éste, sin que se contara con un mecanismo inmediato e idóneo para comprobar su utilización, por lo que ante su equivocada orientación y asesoría puso en riesgo el Patrimonio Público y la adecuada ejecución del proyecto a cargo del Instituto, hecho probado porque el contratista no pudo justificar en gran parte la inversión del anticipo, al punto de ser necesario la declaratoria del siniestro por su Buen Manejo e Inversión, en perjuicio de la administración y de los intereses generales de la sociedad. Con el comportamiento descrito el señor Meléndez al parecer participó en la actividad contractual con desconocimiento del principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 numerales 1 y 4 de la ley 80 de 1993, Artículo 48, numeral 31, Ley 734 de 2002.

“Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la ley.” (Subrayas) (f. 57).

6.4 SEGUNDO CARGO IMPUTADO AL SEÑOR INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO (EN MATERIA DE DISEÑOS)

6.4.1 CARGO IMPUTADO AL SEÑOR INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

“El señor INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO, en su condición de Director Técnico Legal del Instituto de Desarrollo Urbano, en desarrollo de su función de acompañamiento y orientación jurídica de la entidad, aprobó que fueran celebrados otrosí los días 16 de octubre y 23, 26 y 29 de diciembre de 2008, dentro de los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2007 para la adecuación de la calle 26 y la carrera 10 al sistema Transmilenio, en los cuales se dispuso que los constructores podían adelantar tareas correspondientes a la etapa de preconstrucción durante la etapa de construcción, y de manera particular se estableció la actualización de estudios y diseños que consiste en “las actividades que el Contratista deba ejecutar para diseñar los posibles faltantes o el rediseño de los mismos por justificación técnicamente demostrada”,

incluyendo el valor de las actualizaciones de estudios y diseños dentro del monto a pagar por precios unitarios, los cuales se liquidarían como ítems no previstos.

Advierte el Despacho que el señor Meléndez, al aprobar en su condición de Director Técnico Legal la celebración de los mencionados otrosí, pudo haber participado en la actividad contractual con desconocimiento de principio de economía (artículo 24 numeral 5 ley 80/93), toda vez que permitió que se incurriera en una doble contratación, al pactar con cargo al concepto de precios unitarios, el valor de las actividades de actualización por faltantes de diseño con los constructores dentro de los CTOS 134, 136, 137 y 138 de 2007, teniendo en cuenta que para la fecha en que fueron suscritos los otrosí, se encontraban vigentes los contratos de consultoría 129 y 133 de 2005, celebrados previamente por el IDU para la elaboración de los diseños de la calle 26 y la carrera 10, los cuales no habían sido liquidados. Tal modificación generaría costos adicionales, advirtiendo que el valor unitario no fue previsto en los contratos originales para pagar faltantes de diseño, sino para los costos de redes, demolición de predios y adecuación de desvíos.

Así mismo, al aprobar la suscripción de los otrosí del 16 de octubre y del 23, 26 y 29 de diciembre de 2008, el investigado pudo desconocer los principios de economía (artículo 24 numeral 5 ley 80/93) y de responsabilidad (artículo 26 numerales 1) considerando que las nuevas actividades de actualización de diseños generaron dilaciones y retardos en la entrega de los programas de obra detallados con los cronogramas de metas físicas, y en el estudio y conocimiento de los diseños por parte de los constructores, requisitos indispensables para el comienzo de la etapa de construcción según el numeral 4.1 de los contratos originales 134 a 138 de 2007, sin los cuales resultaba muy difícil para la entidad y los interventores ejercer vigilancia sobre la ejecución del objeto contratado.

Finalmente, al aprobar desde la Dirección Técnica legal la celebración de los otrosí en mención dentro de los contratos 134 a 138 de 2007, el señor Meléndez pudo haber desconocido el principio de transparencia (artículo 24 numeral 8 ley 80/93) al participar en una actividad contractual producida con presunto abuso y desviación de poder, pues la figura del otrosí fue utilizada para introducir modificaciones sustanciales a los contratos, de una forma contraria a lo dispuesto por el manual de contratación del IDU, disimulando las presuntas omisiones en que incurrió la entidad al no exigir la totalidad de productos de diseño a los consultores de los contratos 129 y 133 de 2005, previo al inicio de la etapa de construcción de las obras de la fase III de Transmilenio” (ff. 207, dorso y 208).

7.3 TERCER CARGO IMPUTADO A INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

7.3.1 CARGO IMPUTADO A INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO EN MATERIA DE MULTAS

“El señor INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO, en su calidad de Subdirector General Jurídico del IDU, al parecer no orientó jurídicamente a las áreas ejecutoras en los procedimientos de imposición de multas originados en los incumplimientos presentados dentro del contrato 137 de 2007, para que estos fueran adelantados en términos perentorios, en cumplimiento del fin conminatorio contemplado legalmente para la figura de la multa, lo que condujo a que los procedimientos no se realizaran con austeridad de tiempo, y que no se tomaran medidas oportunas frente a los retardos en el cumplimiento de los cronogramas de metas físicas y los programas de obra.

Los siguientes son los procedimientos de incumplimiento iniciados dentro del contrato 137 de 2007: incumplimiento del cronograma de vías desvió DG 44, Calle 44 KR 19B; incumplimiento cronograma vías desvió KR20A y KR25 y Subtramo 1 tramo 3 corredor; Subtramo 1 Tramo 3 calzada central exclusiva Transmilenio norte de K 4 + 290 a K4 + 590; Tramo 3 Subtramo K 4 + 290 a K4 + 590 calzada mixta central Sur y Tramo 3 Subtramo K 4 + 290 a K4 + 590 carriles mixtos calzada central Norte.

Con su conducta, el señor Meléndez al parecer participó en una actividad contractual con desconocimiento del principio de economía (numeral 4 del artículo 25 de la ley 80 de 1993), teniendo en cuenta que permitió que los trámites de los procedimientos de imposición de multas se dilataran en el tiempo, y contribuyó a que fueran incumplidas las disposiciones contractuales contenidas en la cláusula décimo primera del otrosí del 16 de octubre de 2008, celebrado dentro del contrato 137-07, el manual de contratación del IDU numeral 7.1, la resolución 4835 del 12 de octubre de 2007, y sus deberes funcionales como Subdirector General Jurídico” (f. 296).

8.7. CUARTO CARGO IMPUTADO A INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

8.7.1 CARGO IMPUTADO AL SEÑOR INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

"El señor INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO en su condición de Director Técnico Legal, cargo ejercido entre el 16 de marzo de 2007 y el 26 de abril de 2009, y posteriormente como Subdirector General Jurídico del instituto de Desarrollo Urbano, conceptuó y aprobó la suscripción de los contratos adicionales que fueron celebrados dentro de los contratos 135, 136, 137 y 138 de 2007, para el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo 180 de 2005, relacionado con las obras de la Avenida Mariscal Sucre, de la siguiente manera:

1. Contrato **Adicional N° 1** al Contrato IDU - **135 de 2007** del 29 de diciembre de 2008, por valor de **\$24.629.166.914,00**, para ejecutar a precios unitarios las obras de los proyectos de valorización con número 123 - Avenida Mariscal Sucre de Avenida Jiménez a Avenida Comuneros-, y 124 - Avenida Mariscal Sucre de Avenida Comuneros a Avenida 1 Hortúa. La Dirección Técnica Legal previamente, emitió

concepto favorable para la celebración del mencionado adicional, a través de Memorando DTL-6000- 56078 del 22 de diciembre de 2008.

2. Contrato **Adicional N° 2** al Contrato IDU - 136 de 2007 del 18 de noviembre de 2009, por valor de **\$8.000.000.000,00**, para ejecutar a precios unitarios el proyecto 122 A de valorización, Avenida Mariscal Sucre, carrera 22 entre calle 22 y calle 24, y carrera 20 entre calle 22 y calle 26 del proyecto 122 A de valorización. La Subdirección General Jurídica de manera previa emitió concepto favorable para suscribir el contrato adicional a través de Memorando SGJ-405-36854 del 5 de octubre de 2009.
3. Contrato **Adicional N° 1** al contrato **IDU-137 de 2007** del 18 de noviembre de 2009, por valor de **\$3.057.363.448,00**, para la ejecución de las obras del proyecto de valorización 122 (Avenida Mariscal Sucre de la calle 19 a la calle 62, que comprende el Tramo A (Kra. 19 B entre Avenida Calle 26 y Avenida Calle 24) y el Tramo B (Kra. 19 B entre Avenida calle 28 y Avenida calle 26 y Kra. 19 entre Avenida calle 26 y Calle 29)). La Subdirección General Jurídica emitió de manera previa concepto favorable para suscribir el contrato adicional, por medio de Memorando SGJ-405-36854 del 5 de octubre de 2009.
4. Contrato **Adicional N° 1** al contrato **IDU- 138 de 2007** del 25 de junio de 2009, por valor de **\$35.118.891.945,00**, para llevar a cabo la construcción de los proyectos de valorización 122 (Avenida José Celestino Mutis, Tramo: Avenida Ciudad de Cali por Transversal 93 y) y 154 (construcción del puente vehicular en la intersección de la Avenida José Celestino Mutis por la Avenida Ciudad de Cali). La Subdirección General Jurídica emitió de manera previa, concepto favorable para la celebración del adicional por medio de Memorando SGJ-405-24385 del 19 de junio de 2009, aclarado en el Memorando SGJ-405-24460 del 23 de junio de 2009.

Advierte el Despacho que al parecer el señor MELÉNDEZ, al conceptuar y aprobar en desarrollo de sus deberes funcionales como Director Técnico Legal (en el caso del adicional relacionado en el punto 1), y posteriormente como Subdirector General Jurídico (en los adicionales descritos en los puntos 2 a 4) la celebración de los contratos adicionales mencionados, participó en actividades contractuales que se produjeron con desconocimiento del principio de transparencia (artículos 5 y 2 numeral 1 de la Ley 1150 de 2007 y Art 24 numeral 8 ley 80 de 1993), teniendo en cuenta que se utilizó la figura del contrato adicional de una forma contraria a lo dispuesto en el manual de contratación del IDU, para omitir el proceso licitatorio y eludir la selección objetiva que debía efectuarse para escoger a los contratistas que ejecutarían los proyectos de valorización 123, 124, 122, 112 y 154, agregando a los contratos 135 a 138 de 2007, obras totalmente independientes que no resultan necesarias para cumplir la

finalidad que pretenden satisfacer los contratos originales (adecuación de la calle 26 y la carrera 10 al sistema Transmilenio), que debían haber sido licitadas e iniciada su construcción desde el mes de noviembre de 2007, y con el conocimiento que los proyectos de valorización involucran un objeto distinto y más complejo que el de los desvíos contemplados en el contrato 138 de 2007” [sic para toda la cita] (ff. 387 y 388).

La Sala negará las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

3.6.1 Los actos acusados se expidieron en legal forma. El demandante los acusa de expedición irregular, por cuanto estima que la Procuraduría General de la Nación solo podía investigar los hechos relacionados con el retraso y ejecución irregular de las obras del tramo 4 de la fase III de construcción del sistema Transmilenio, que motivó la indagación preliminar, no así los referidos al diseño de las obras, en razón a que sobre estos últimos el mismo procurador general había emitido concepto de legalidad, que incluía licencias ambientales y presupuesto; además, la procuraduría segunda distrital de Bogotá ya había ordenado el archivo definitivo de la investigación disciplinaria, por considerar que todos los requisitos previos, incluidos los de diseños, estaban incorporados en el procedimiento licitatorio para la contratación de la fase III de dicho sistema.

De antemano, reitera esta Colegiatura que si bien la garantía del debido proceso abarca un conjunto de principios materiales y formales de obligatoria observancia por parte de las autoridades disciplinarias, que a la vez constituyen derechos de los sujetos disciplinables, tampoco se puede desconocer que los actos de la administración gozan de la presunción de legalidad, hoy por expresa disposición del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011¹³, indemnidad que adquiere mayor connotación cuando se trata de decisiones sancionatorias de carácter disciplinario, en virtud de que su formación estuvo precedida de la participación activa del investigado y de su apoderado, mediante defensa técnica, con ejercicio de los derechos de contradicción y defensa. De ahí que en sede judicial se realice un juicio de validez de la actuación disciplinaria, no de corrección, y por ello no cualquier defecto procesal tiene el poder de afectar la presunción de legalidad que ampara dichos actos administrativos.

Esta Corporación ha reiterado que *«de acuerdo con la Jurisprudencia Constitucional¹⁴ y Contencioso Administrativa¹⁵ no toda irregularidad procesal da lugar a nulidad, en ese orden, para que el defecto bajo análisis -atendiendo a las condiciones del caso concreto- conduzca a la anulación del proceso*

¹³ «Artículo 88. *Presunción de legalidad del acto administrativo.* Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa [...]»

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2010.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez; sentencia de 4 de abril de 2013, radicado: 11001-03-25-000-2011-00599-00 (2307-2011). Actor: Jair Smelyn Bustos Lombana.

correspondiente debe afectar el núcleo esencial del debido proceso y ser trascendental para la modificación de la decisión objeto de cuestionamiento judicial»¹⁶, y esta no es la hipótesis.

Como se puede observar, el demandante fundamenta la censura de expedición irregular en torno a reproches de la fase previa de formación de los actos demandados, en el sentido de que, a su juicio, la Procuraduría General de la Nación solo podía investigar los hechos relacionados con el retraso y ejecución irregular de las obras del tramo 4 de la fase III de construcción del sistema Trasmilenio y no los concernientes a sus diseños.

Para resolver, destaca la Sala que ninguna materia, dependencia, organismo estatal o conducta de los servidores públicos derivada de sus funciones, están vedados para la autoridad disciplinaria, en razón a que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de moralidad, igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en procura del adecuado cumplimiento de los fines del Estado; los servidores públicos deben ejercer las funciones con apego a la Constitución, la ley y el reglamento, por ello son responsables por violación del ordenamiento jurídico superior y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En virtud de la relación de subordinación entre el funcionario y la administración pública, emerge, correlativamente, la potestad del Estado de imponer sanciones a los funcionarios públicos que incumplan la ley y sus deberes funcionales, mediante el régimen disciplinario, cuya fuente se halla en los artículos 6¹⁷, 92¹⁸, 122, 123 y 209 de la Constitución Política desarrollado en este caso por la Ley 734 de 2002. En términos de la Corte Constitucional, *«sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” a que hace referencia la norma constitucional.¹⁹[...] el régimen disciplinario cubija a la totalidad de los servidores públicos a quienes corresponde estar al servicio del Estado y de la comunidad»* (sentencia C-721 de 2015).

Por su parte, el artículo 277 (numerales 5 y 6) de la Constitución Política preceptúa que el procurador general de la Nación, por sí o por medio de sus

¹⁶ Sentencia de 28 de julio de 2014, sección segunda, subsección B, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), radicado: 11001-03-25-000-2011-00365-00 (1377-11).

¹⁷ «ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

¹⁸ «ARTICULO 92. Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas».

¹⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-811 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

delegados y agentes, ejercerá, entre otras funciones, las de velar por el desarrollo diligente y eficiente de las funciones administrativas y ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley, como lo realizó en el asunto *sub examine*.

Entre tanto, la Ley 734 de 2002 (artículo 2) consagra que, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

En el asunto bajo examen, el actor no precisó en la demanda los supuestos de hecho ni de derecho en los que fundamenta el cargo de expedición irregular de los actos acusados. Se limitó a sostener, de manera general y abstracta, que el procurador general de la Nación no podía extender la investigación al tema de los diseños de las obras del tramo 4 de la fase III de construcción del sistema Trasmilenio, por cuanto había emitido concepto previo de legalidad sobre él, que incluía licencias ambientales, presupuesto y que, además, la procuraduría segunda distrital de Bogotá ya había ordenado el archivo definitivo de la investigación disciplinaria al respecto; no obstante, el actor no especificó, ni mucho menos aportó con la demanda prueba de tales afirmaciones, para poder confrontarlas con la realidad y con la cuestión debatida. Se trata de acusaciones abstractas y difusas. No individualizó en el libelo introductorio a qué concepto del procurador general se refiere, la fecha, el asunto, ni los destinatarios del mismo. Tampoco precisó la decisión disciplinaria de la procuraduría segunda distrital de Bogotá que invoca, como la fecha, el objeto investigado, los involucrados, ni su resultado, etc.

Una cosa es el deber que tiene el juez de interpretar la demanda y otra completarla, para lo cual no está habilitado, si el demandante, como en este caso, ni siquiera relacionó y adosó prueba de las afirmaciones que pretendía hacer valer. Para acreditar la seriedad del derecho sustancial que estima vulnerado, debe aportar al menos un principio de prueba, que la Sala extraña en el asunto *sub examine*. El artículo 167 del Código General del Proceso preceptúa que «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*».

No obstante, destaca la Sala que la eventual existencia de un concepto del procurador general de la Nación no exime de responsabilidad disciplinaria al demandante por incumplimiento de los deberes funcionales que la autoridad disciplinaria le atribuyó, amén de que tampoco demostró el actor, se insiste, que

existiera investigación disciplinaria con decisión de fondo y efectos de cosa juzgada administrativa sobre estos mismos hechos que hubiera desarrollado la procuraduría segunda distrital de Bogotá, como lo alega.

Por otra parte, el demandante circunscribe el cargo de expedición irregular de los actos acusados al tema específico de los diseños de las obras del tramo 4 de la fase III de construcción del sistema Trasmilenio, respecto del cual, como ya se anotó, el procurador general de la Nación sí tenía potestad para investigarlo sin limitaciones, sin embargo, el actor pretende generalizar el supuesto vicio a todo el contenido de dichos actos, lo que resulta inaceptable, en atención a que la actuación disciplinaria aquí cuestionada no solo recayó sobre esa materia, sino que también versó sobre otras faltas, esto es, las originadas en los retrasos e incumplimientos en la ejecución de las obras, irregularidades en la entrega del anticipo, adición indebida de los contratos para evadir la licitación y negligencia en la aplicación de multas al contratista incumplido, en torno a los cuales el accionante no formula reparo alguno sobre la competencia del procurador general de la Nación para investigarlos y sancionarlos, como aconteció.

Pero más que lo expuesto, para la Sala la aludida expedición irregular de los actos demandados no existe en lo sustancial o material, ni en lo formal, en virtud de que se sujetaron al ordenamiento jurídico en cuanto a los motivos, los fundamentos, el procedimiento de expedición y la competencia de la autoridad disciplinaria que los emitió.

3.6.2 Los actos demandados se allanaron a la normativa superior en la que debían fundarse. Se estableció la ocurrencia de los hechos, la ilicitud sustancial de la conducta que motivó la sanción y la responsabilidad del demandante. Las decisiones acusadas colmaron los presupuestos de validez, dada su conformidad con el ordenamiento jurídico superior al que estaban sometidos para su expedición; fueron adecuados a los fines de la norma que los autoriza, y proporcional a los hechos que les sirvieron de causa, que descartan la existencia de los vicios de falsa motivación y desviación de poder también alegados por el demandante, como se explica a continuación.

Para el actor, la entidad demandada incurrió en infracción de las normas en que debía fundar las decisiones cuestionadas, en atención a que las sanciones por los cargos primero, segundo y cuarto son ilegales dado que, dice, las conductas reprochadas se ciñeron a los artículos 1, 3, 4 (numeral 8) 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, que permiten realizar adiciones a los contratos por necesidad técnica.

Agrega que la Procuraduría vulneró el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 al considerar que no imponer multas al contratista constituye falta gravísima, si lo cierto es que estas son potestativas y deben atender el debido proceso; solo proceden, afirma, cuando la relación contractual está vigente y, en este caso, el

contrato 137 de 2007 fue cedido al grupo empresarial Vías Bogotá. Que aún ante el incumplimiento, la administración cuenta con otras herramientas para superar los obstáculos del avance de las obras, como lo fue la mencionada cesión.

Aduce que, según el artículo 29 de la Constitución Política, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, que, no obstante, la suscripción de los otrosí en el contrato de obra con el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) alusivos a la actualización de diseños, desembolso del anticipo, los imputó y sancionó la Procuraduría como hechos distintos, a pesar de que se trataba de una misma conducta, lo que incidió en forma perjudicial sobre la inhabilidad de 17 años que se le impuso.

Como se puede observar, estas acusaciones también adolecen del defecto de ser generales, difusas, imprecisas y abstractas. Bajo el principio de trascendencia, ínsito en el artículo 310 (numeral 1) del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), aplicable al procedimiento disciplinario por remisión del artículo 143 (parágrafo) de la Ley 734 de 2002, la existencia de irregularidades sustanciales (no formales) que afecten el debido proceso, tienen la potencialidad de anular la respectiva decisión, pero bajo la condición de que *«Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento»*²⁰, lo que precisamente el actor no satisfizo en la demanda. Sin embargo, la Sala hará referencia a los cuestionamientos planteados.

3.6.2.1 Fue contraria a derecho la orientación jurídica del actor para la modificación de los contratos de obra del sistema Trasmilenio en cuestión.

La Sala advierte que la modificación constituye una forma de mutabilidad de los contratos estatales, pero no debe ser arbitraria y caprichosa, puesto que, por una parte, es reglada como toda actividad del Estado, que incluye el principio de planeación y, por la otra, debe garantizarse la seguridad jurídica y el respeto a todos los oferentes. Por tal razón, y a tono con la jurisprudencia constitucional, *«toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes [...] si bien la modificación puede ser procedente, en tanto no sea imputable al contratista y de acuerdo con las reglas de distribución del riesgo, ello no exime a los funcionarios de la responsabilidad disciplinaria correspondiente»* [se destaca] (Corte Constitucional, sentencia C- 300 de 2012).

Según el acto demandado de 22 de junio de 2011, en el presente caso *«el señor INOCENCIO MELENDEZ JULIO, Director Técnico legal [del IDU], aprobó la suscripción del contrato de Obra Pública N° 137 de 2007 con la Unión Temporal Transvial, el cual tiene como objeto contractual “LA EJECUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS*

²⁰ Ley 610 de 2000, artículo 310, numeral 2.

ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIECER GAITÁN) AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO, EN EL TRAMO 3 COMPRENDIDO ENTRE LA TRANSVERSAL. 76 Y LA CARRERA 42B Y EN EL TRAMO 4 COMPRENDIDO ENTRE LA CARRERA 42B Y LA CARRERA 19, GRUPO 4 DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NÚMERO IDU-LP-DG-022-2007”, contrato que fue objeto de varias modificaciones, entre ellas la del Otrosí N° 2» (f. 59).

En dicho contrato se estipularon los siguientes requisitos, que el contratista debía presentar para que la entidad le desembolsara del anticipo: i) aprobación por la interventoría de la información sobre la evaluación y revisión de los estudios y diseños suministrados por el IDU; ii) programación de obra y cronograma de metas físicas; iii) plan de buen manejo y correcta inversión del anticipo, los cuales debían cumplirse en la etapa de preconstrucción, para luego dar lugar a la de construcción.

Sin embargo, el contratista incumplió los presupuestos antes mencionados, motivo por el cual, a través de otrosí 2 de 16 de octubre de 2008, suscrito por la señora Liliana Pardo Gaona, en la época de los hechos directora del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (IDU) y Alberto Enrique Calderón Castaño, representante legal de la Unión Temporal Transvial, se realizaron modificaciones al contrato principal 137 de 2008 en lo relacionado con la entrega del anticipo al contratista, documento que fue previamente revisado y aprobado en lo jurídico por el señor Inocencio Meléndez Julio, como director técnico legal de la entidad, en la misma fecha en que se vencía la etapa de preconstrucción (cuaderno anexo 22, folios 70 a 83 del expediente administrativo y 60 del expediente judicial).

Con la modificación en cuestión, se eliminaron de manera irregular los requisitos concernientes al programa de obra y cronograma de metas físicas y la información sobre evaluación y revisión de los estudios y diseños suministrados por el IDU, y se dejaron como únicos presupuestos para el desembolso del anticipo la presentación del plan de inversión y su buen manejo y el acta de iniciación de la etapa de construcción de la obra.

Por lo anterior, resulta ajustada a derecho la determinación de la Procuraduría General de la Nación en cuanto concluyó en la investigación disciplinaria que la modificación no tuvo justificación real ni legal, por cuanto los trabajos no se podían ejecutar sin el programa detallado de obra, ni el cronograma de metas físicas a desarrollar mensualmente, lo que, además, implicó consecuencias perjudiciales para la administración distrital, en la medida en que se dificultaron las funciones de control y vigilancia del interventor del contrato sobre el manejo del anticipo, atribuciones que estaban atadas a los requisitos que fueron eliminados y de contera, se permitió que actividades que estaban previstas para la etapa de preconstrucción se realizaran en la de construcción.

Según se probó en el acto acusado, como consecuencia de lo expuesto, el interventor siempre manifestó inconformidades en el manejo del anticipo por parte del contratista, que pese a las circunstancias le formuló requerimientos de corrección, pero fueron resistidos por aquel precisamente al amparo de las cláusulas contractuales incorporadas con la modificación, como las del otrosí 2 al contrato 137 de 2007 y las directrices que sobre el tema dictaba el IDU, que no respaldaban la labor de interventoría, contenidas en los memorandos DTL- 6000-11094 de 12 de marzo de 2009 y SGJ-405-23181 de 9 de junio del mismo año, los cuales también fueron revisados y aprobados por el señor Inocencio Meléndez Julio, en esta ocasión como subdirector general jurídico del Instituto, para la firma de la directora de la entidad, que de igual forma, contribuyeron a menguar los instrumentos de vigilancia y control sobre el manejo e inversión del anticipo que se habían establecido antes de la modificación.

Resulta apenas lógico, como se expresa en el acto acusado, que la flexibilización en la vigilancia y control se presentó desde el momento en que el interventor perdió la posibilidad de exigir el programa de obra detallado y el cronograma de metas físicas, para efectos de vigilar y controlar con los avances de obra la inversión del anticipo, y el problema se agravó cuando el IDU emitió directrices jurídicas (memorandos) sobre la posibilidad de que el contratista no presentara los soportes de los gastos en el mes siguiente a la fecha en que se produjo el giro correspondiente²¹.

La investigación disciplinaria da cuenta de que fueron múltiples los requerimientos que el interventor formuló a la contratista Unión Temporal Transvial, con el propósito de conminarla al cumplimiento de sus obligaciones frente a la inversión y manejo del anticipo, entre cuyas comunicaciones se hallan las IDU-174-1554 y 1639 de 5 y 31 de agosto, respectivamente, de 2009 y 1650 de 1º de septiembre del mismo año. De esta situación irregular el interventor dio traslado al IDU, tal como consta en los oficios IDU-174-1665 de 7 de septiembre y 2017 de 3 de diciembre de 2009 y 2284 de 10 de febrero de 2010 (anexo 101 del expediente administrativo y folio 67 del expediente judicial).

Frente a la negativa del contratista en suministrar los soportes del anticipo y el inventario de los insumos de compra y arriendo de equipos y materiales, el IDU, por medio de la ingeniera Carmen Lopera Fiesco, directora técnica de construcciones, dirigió al contratista la comunicación IDU-061322 STTEST-346 de 8 de septiembre de 2009, en la cual le censura que presenta retraso cercano al 14% en la ejecución de la obra, que se evidencia insuficiencia de recursos y falta de continuidad en los frentes de obra pese al desembolso de 75.000 millones de pesos, equivalentes al 88% del anticipo; muestra su preocupación ante la situación de la obra, dado que su ejecución en el plazo contractual requiere la facturación de alrededor de 25 mil millones de pesos mensuales y desde el inicio de la etapa

²¹ Ver folio 76, dorso.

de construcción, en octubre de 2008, la obra ejecutada no supera los 4 mil millones de pesos mensuales (anexo 101 de cuaderno administrativo).

Todo lo anterior condujo a que, como lo advierte el ente de control, ante el requerimiento expreso de la interventoría, el IDU, mediante Resolución 889 de 26 de marzo de 2010, declarara la ocurrencia del siniestro del contrato IDU 137 de 2007, celebrado con la Unión Temporal Transvial, por incumplimiento en el buen manejo y correcta inversión del anticipo, fundamentado en las siguientes irregularidades reportadas por el Consorcio Intercol:

- No cumplir cabalmente en los plazos previstos con las obligaciones a su cargo en la etapa de construcción debido al incumplimiento reiterado de las metas físicas del cronograma
- No adelantar las obras de construcción dentro de los tiempos de ejecución pactados, ni asignó los equipos y el personal requerido.
- No adelantar las obras de desvíos, necesarias y requeridas para la ejecución del contrato.
- No mantener los equipos, materiales y personal necesario para la ejecución de la obra.
- No cumplir la aplicación del Manual de Interventoría del IDU para el manejo del anticipo, particularmente por cuanto el contratista no permitió que la interventoría verificara su inversión. Nótese, en este punto que no se generaron incumplimientos por la no entrega oportuna de los soportes de los anticipos, simplemente porque esta obligación había sido modificada.
- No hacer entrega oportuna de la actualización de diseños tal como prevé el otrosí 2 del contrato²²

En este escenario, carece de sentido aceptar los cargos de falsa motivación y desviación de poder de los actos demandados, que alega el actor, si como lo concluyó el ente investigador, el señor Inocencio Meléndez Julio, en condición de director técnico legal y posteriormente subdirector general jurídico del IDU, debió actuar bajo los postulados normativos de legalidad y transparencia, que regulan la contratación estatal; sus decisiones reflejan todo lo contrario, al poner en riesgo la ejecución del objeto contratado, en el entendido de que conocía las anomalías del contratista en el manejo del anticipo, y con sus determinaciones contribuyó a dejarlo sin supervisión, vigilancia y control eficaz para evitar que fuera malversado, como inevitablemente sucedió²³.

Por lo tanto, la conducta del señor Meléndez Julio resultó, en efecto, violatoria del artículo 48 (numeral 31) de la Ley 734 de 2002, que establece como falta gravísima para los servidores públicos «participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público o *con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función*

²² Ver folio 68, dorso.

²³ Ver folio 68, dorso.

administrativa contemplados en la constitución y la ley»²⁴.

El demandante no controvertió y, por lo mismo, no desvirtuó los anteriores fundamentos de los actos acusados, los cuales aparecen, en cambio, soportados en pruebas que reposan en el expediente administrativo, recaudadas a lo largo de una extensa y detallada investigación disciplinaria. En tales circunstancias, no es dable declarar probado el cargo de violación de las normas superiores.

3.6.2.2 Negligencia del actor en orientar jurídicamente al IDU sobre imposición de multas al contratista incumplido. Determinó la entidad demandada que, pese a los evidentes y graves incumplimientos del contratista, el demandante asumió una actitud pasiva y permitió que se dilatará en el tiempo la facultad de multar al particular, al punto que con las demoras en su actuar se perdió el objeto y propósito de dicho apremio, que es el de conminar al contratista para que cumpla sus obligaciones, como lo define el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Contrario a lo argumentado por el actor, la Procuraduría no desconoció que él emitió recomendaciones a través de memorandos (2007 y 2008), pero a manera de instrucciones generales sobre el procedimiento de imposición de multas, antes y mucho después de ocurrir los incumplimientos, no obstante, guardó silencio justo cuando se presentaban irregularidades en la ejecución de los contratos de obra de la fase la III del sistema Transmilenio de 2007, que evidenciaban incumplimientos hasta de 4 meses en el desarrollo de las actividades, en particular respecto del contrato 137 de 2007²⁵, en plena vigencia.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el propósito de la multa se asocia con un fin proteccionista del interés público que involucra la celebración del contrato estatal, en tanto busca la ejecución efectiva de la labor encomendada al contratista, al margen de que su satisfacción oportuna hubiese causado o no daño al ente contratante, su finalidad, en esencia, es fungir como herramienta de apremio o acoso dirigida a compeler al contratista para el cumplimiento del objeto contractual en la forma y tiempo acordados²⁶.

No obstante, el señor Meléndez Julio le restó importancia a la imposición de las multas, pese a que estaban pactadas en el contrato estatal de obra 137 de 2007 (otrosí 2, cláusula 15.4, folio 297) y afirma en la demanda, de manera simple, que eran facultativas y que ante el incumplimiento del contratista, la administración contaba con la cesión del contrato, como sucedió en este caso al grupo empresarial Vías de Bogotá, postura que para la Sala denota una actitud

²⁴ Ver folio 69.

²⁵ Ver folio 302.

²⁶ Sentencia de 1º de febrero de 2018, sección tercera, subsección A, expediente 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549).

inconsecuente del actor frente al manejo de los asuntos del Estado, y se opone de manera frontal a los fines de la contratación estatal, en virtud de los cuales los servidores públicos deben tener en cuenta que al celebrar contratos y con la ejecución de ellos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Precisamente, sobre las consecuencias de la falta de diligencia y cuidado de los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones, resulta pertinente hacer mención de lo expuesto por la Corte Constitucional, que sostuvo: «[S]i los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. [...]. De lo cual se deduce que lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o al particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos de la función pública sino los comportamientos que impliquen cumplimiento incompleto o defectuoso de los deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan»²⁷.

De modo que ningún vicio de los alegados por el demandante contra los actos acusados se configura, al concluir en ellos la entidad accionada que el cumplimiento del interés general y de los principios y fines de la contratación estatal exigían del señor Meléndez Julio una actuación proactiva, eficiente y oportuna, como garante de la legalidad en el IDU, quien debía velar porque la potestad de imposición de multas cumpliera los propósitos para los cuales fue establecida en la ley, a partir de una orientación jurídica eficaz y diligente, comportamiento que no desplegó.

3.6.2.3 La sanción por indebida asesoría jurídica del actor al IDU, que culminó en la suscripción irregular de contratos adicionales, tampoco fue desvirtuada. Dada la presunción de legalidad que caracteriza los actos administrativos, el demandante tiene la carga de desvirtuarla mediante prueba de sus afirmaciones, de lo contrario se tornan en simples conjeturas. O, según la doctrina, si quien tiene la obligación de probar un hecho no lo hace, la consecuencia jurídica será que el juez profiera un fallo adverso, en el sentido de ratificar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos y negar las pretensiones, como sostiene el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié²⁸.

²⁷ Sentencia C- 181 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁸ Derecho Procesal Administrativo -La prueba Judicial, Tomo I, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2004, página 5.

En el asunto bajo examen, la entidad accionada demostró que el señor Meléndez Julio, como director técnico legal y luego subdirector general jurídico del IDU, sin respaldo fáctico y legal, ni justificación para haber omitido la licitación o selección pública de los contratistas que debieron construir las obras en cuestión²⁹, impartió aprobación jurídica a lo que posteriormente se convirtió en adición a los contratos estatales de obra 135, 136, 137 y 138 de 2007 los proyectos de valorización 122, 123, 124, 112 y 154, que eran asuntos independientes no indispensables para adecuar la calle 26 y la carrera 10ª al sistema Transmilenio, con lo que se omitió el procedimiento público de selección por licitación consagrado en el artículo 2 (numeral 1) de la Ley 1150 de 2007³⁰, pese a que las adiciones totalizaron \$70.805.422.307.00³¹.

La Procuraduría evidenció que los mencionados proyectos de valorización eran independientes de la fase III del sistema Transmilenio, que tenían fuentes de financiación distintas y destinación específica, puesto que las obras previstas en el Acuerdo 180 de 2005 se originaron en el recaudo de los contribuyentes de Bogotá, mientras que la fuente de financiación del mencionado sistema de transporte provenía de recursos de la Nación y del Distrito Capital, en virtud de acuerdo celebrado entre ambos (anexo 148, folios 55 a 56 del cuaderno administrativo y folio 391, dorso del expediente judicial).

Revisada la demanda, encuentra la Sala que frente lo sustentado y demostrado por la entidad accionada sobre este tema en particular, el accionante tampoco especificó la forma como se configura el desconocimiento de las normas superiores en que debían fundarse las decisiones. Se limitó a sostener de manera general que las conductas reprochadas a él se ciñeron a los artículos 1³², 3³³, 4 (numeral 8)³⁴, 13³⁵, 32³⁶ y 40³⁷ de la Ley 80 de 1993, pero no lo respaldó con

²⁹ Ver folio 391.

³⁰ Ver folio 391, dorso.

³¹ Es la suma del valor de los contratos adicionales imputados en el pliego de cargos al actor como irregulares. Ver folios 387 y 388 del expediente.

³² «**ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO.** La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales».

³³ «**ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, ~~además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado,~~ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones».

³⁴ «**ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] 8. «Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007» Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la

prueba alguna, carga que sí desarrolló la entidad para demostrar la responsabilidad disciplinaria del demandante. Así las cosas, no es dable para esta Colegiatura declarar probado el cargo de violación de normas superiores en este puntual aspecto, como lo reclama el demandante.

3.6.2.4 Ausencia de violación del principio de *non bis in idem*. Por último, aduce el demandante que, según el artículo 29 de la Constitución Política, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, que, no obstante, en su caso la suscripción de los otrosí en el contrato de obra del IDU, alusivos a la actualización de diseños y desembolso del anticipo, comportaba una misma conducta, que debió imputársele como un solo hecho, pero la Procuraduría, dice, los inculpó y sancionó como hechos distintos, lo que incidió en forma perjudicial sobre la inhabilidad de 17 años que se le impuso.

No asiste razón al demandante en que se le investigó y sancionó dos veces por el mismo hecho, es decir, que se haya vulnerado el principio de *non bis in idem*, por los siguientes motivos:

La Ley 734 de 2002, en su artículo 81, preceptúa que «*Cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas, se investigarán y decidirán en un solo proceso*», lo que la misma disposición denomina competencia por razón de conexidad.

ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado».

³⁵ «**ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera».

³⁶ «**ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: ...»

³⁷ «**ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato. Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

Lo anterior puede suceder dentro de un mismo procedimiento o actuación administrativa, que, como en el presente caso, el investigado incurrió en un conjunto de faltas disciplinarias relacionadas entre sí, circunstancia conocida como conexidad sustancial³⁸, y por mandato de la disposición en cita, en ese caso las conductas «se investigarán y decidirán en un solo proceso», sin que ello comporte violación del principio de *non bis in idem*, que forma parte de las garantías del derecho al debido proceso.

Ahora, tal como se precisó en apartados anteriores de esta providencia, el demandante fue investigado y sancionado por cuatro cargos derivados todos del procedimiento de contratación de las obras de construcción 2007 de la fase III del sistema Trasmilenio de Bogotá por parte del IDU: el primero, por su participación en la flexibilización irregular de los requisitos para facilitar el desembolso del anticipo al contratista, calificada como falta gravísima, a título de dolo; el segundo, concerniente a la intervención en la «actualización» indebida de los diseños de las mencionadas obras, calificada también como gravísima y dolosa; el tercero, por haber omitido en lo jurídico orientar oportuna y adecuadamente a la entidad para imponer multas al contratista incumplido, que se le consideró como falta grave a título de culpa grave; y el cuarto, relativo a la participación en la celebración irregular de contratos adicionales, catalogada como falta gravísima y dolosa. Salvo la tercera, que concluyó en sanción de suspensión e inhabilidad especial, las demás lo fueron con destitución e inhabilidad general (ff. 434 a 436).

Se puede observar que se trató de faltas disciplinarias distintas pero conexas, que podían ser investigadas dentro del mismo procedimiento administrativo sancionatorio, como lo hizo la autoridad disciplinaria, sin que haya significado doble juzgamiento y sanción por la misma conducta, como lo sugiere en forma errada el accionante.

Otra cosa es que frente al concurso material o real de faltas disciplinarias (cuando con una o varias acciones se infringen varias disposiciones disciplinarias) y para efectos de graduar la sanción (no para investigar), deba la autoridad administrativa acudir a los criterios consagrados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002³⁹, tal

³⁸ Que difiere de la conexidad procesal, esta es, «Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía» al tenor del inciso segundo del artículo 81 de la Ley 734 de 2002.

³⁹ «ARTÍCULO 47. CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN. [...] 2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

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

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

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

como lo realizó en legal forma el procurador general de la Nación en el acto demandado de 22 de junio de 2011, que en el momento de determinar la medida correctiva aplicable al señor Meléndez Julio, en consonancia con la normativa aplicable, razonó así:

Una vez establecida la sanción a imponer al señor MELÉNDEZ consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, en atención a la comisión de tres faltas gravísimas a título de dolo (ART. 44 NUMERAL 1 LEY 734 DE 2002), es necesario acudir al contenido de los numerales 1 y 2 del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, para efectos de GRADUAR LA INHABILIDAD A IMPONER, la cual tiene un límite de 10 a 20 años de acuerdo con el artículo 46 del CDU [...].

Así mismo debe tenerse en cuenta que el numeral 2, literal A, del Artículo 47 establece que “A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios: a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal”.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que se atribuye al señor MELÉNDEZ la comisión de **tres faltas gravísimas dolosas**, la inhabilidad a imponer sería la máxima legal, no obstante, en atención a que el disciplinado no ha tenido sanciones de tipo disciplinario dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta, como criterio atenuante para la graduación de la sanción, este despacho define la medida a imponer en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL DE DIECISIETE (17) AÑOS**

De lo expuesto, concluye la Sala que no existió doble sanción, sino que, por el contrario, a partir de la aplicación de los criterios de graduación de la punibilidad autorizados por la ley, se aplicó solo una medida correctiva al actor por todas las infracciones a la ley disciplinaria que cometió. No se desconoció, pues, el principio de *non bis in idem*.

Por otra parte, expresa la Sala que ante lo abstracto y generalizado de los cargos de la demanda, resulta pertinente agregar que, revisado el expediente administrativo, se comprueba que la Procuraduría General de la Nación realizó en los actos acusados un amplio análisis y examen integral de las evidencias probatorias; en ese contexto, explicó y justificó con suficiencia por qué la autoridad disciplinaria dio credibilidad a unas pruebas y se apartó de otras, y el hecho de que el actor esté en desacuerdo con tal razonamiento, no implica que haya incurrido en expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder,

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

violación de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso, o que no existieran razones suficientes para sancionar.

En fin, observa esta Colegiatura que la entidad articuló la apreciación de las pruebas frente a todos los hechos y circunstancias que rodearon los acontecimientos investigados contra el demandante, y desconocerlas equivaldría a darle la espalda a la razón práctica y a las demás evidencias materiales, so pretexto de que no existió prueba para sancionar.

Todo lo anterior demuestra que las conductas irregulares imputadas al accionante tuvieron ocurrencia, que constituyeron incumplimiento de los deberes funcionales imputados en el pliego de cargos y que corresponden a la descripción típica de carácter *gravísima* y *dolosa*, que motivó la destitución del cargo.

Lo anterior descarta (o por lo menos no hay prueba) que el procurador general haya procedido de manera arbitraria o caprichosa; la decisión no solo goza de presunción de legalidad y apariencia de buen derecho, sino que se muestra razonada y razonable, al amparo del orden jurídico *iusfundamental*.

La Sala tampoco echa de menos en los actos demandados ninguno de los requisitos formales y sustanciales previstos en el artículo 170⁴⁰ de la Ley 734 de 2002 alusivos a los aspectos que debe contener el «fallo» disciplinario, puesto que si se examinan las decisiones acusadas, se verifica que la entidad analizó las pruebas en conjunto, se insiste, valoró los cargos, los descargos y las alegaciones presentadas, relacionó las normas legales y reglamentarias concernientes al deber funcional desconocido, fundamentó la calificación de la falta y la culpabilidad, y, en fin, expuso claramente las razones de la sanción y los criterios de su graduación. En cuanto a los derechos del demandante, constata la Sala que durante el curso de la actuación administrativa se le respetaron todas la garantías procesales y sustanciales para ejercer los derechos de contradicción y defensa, así, durante el curso de la investigación disciplinaria fue escuchado, tuvo la oportunidad de solicitar y aportar pruebas, pedir copias del expediente, presentar descargos y alegaciones finales e interponer recursos, etc., por mencionar algunas. Es decir, no se afectó la participación de él en el procedimiento, ni sus garantías sustanciales y procesales fundamentales.

⁴⁰ ARTÍCULO 170. CONTENIDO DEL FALLO. El fallo debe ser motivado y contener:

1. La identidad del investigado.
2. Un resumen de los hechos.
3. El análisis de las pruebas en que se basa.
4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas.
5. La fundamentación de la calificación de la falta.
6. El análisis de culpabilidad.
7. Las razones de la sanción o de la absolución, y
8. La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutive.

Sin más disquisiciones sobre el particular y bajo una sana hermenéutica jurídica, la Sala arriba a la convicción de que los actos administrativos demandados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los ampara, por lo tanto, se negarán las súplicas de la demanda.

3.7 Otros aspectos procesales.

3.7.1 Condena en costas. No se procederá a ello respecto de la parte vencida, dado que en el prisma del artículo 188 del CPACA no se advierte, en síntesis, abuso en la actuación, en la medida en que, como lo ha sostenido esta Corporación⁴¹, la demanda carece de temeridad porque quien la presentó le asiste un fundamento razonable. Tampoco se detecta una injustificada falta de colaboración o proceder con interés meramente dilatorio que conduzca a considerar que incurrió en una conducta reprochable que la obligue a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

FALLA:

1.º Niéganse las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor Inocencio Meléndez Julio contra la Nación, Procuraduría General de la Nación, conforme a la parte motiva.

2.º Sin condena en costas a la parte demandante.

3.º En firme esta providencia, archívense las diligencias, previas las constancias y anotaciones que sean menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

⁴¹ Sentencia de 18 de febrero de 1999; radicación 10775, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS