



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz
Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación
Temas: Sanción disciplinaria-Prescripción de la acción disciplinaria-Falsa motivación-Adecuación típica.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

1. La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 11 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B¹ que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho del epígrafe, promovido por el señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz, en contra de la Nación - Procuraduría General de la Nación.



II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda²

2.1.1. Pretensiones

2. El señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz, a través de apoderado, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la Nación – Procuraduría General de la Nación, con el objeto de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos de carácter disciplinario:

(i) La decisión sancionatoria de primera instancia de 14 de febrero de 2012, dictada por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Administrativa, a través de la cual, lo sancionó

¹ Magistrado ponente Dr. Luis Gilberto Ortegón Ortegón.

² Ff. 212 y s.s. Cuaderno principal.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

disciplinariamente, en su condición de gerente general de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos y funciones públicas por un término de doce años.

(ii) la decisión sancionatoria de segunda instancia de 22 de junio de 2012 proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que declaró improcedente la solicitud de declaratoria de prescripción y confirmó la anterior decisión.

3. A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la Nación - Procuraduría General de la Nación a lo siguiente:

(i) Reconocerle y pagarle los perjuicios materiales ocasionados por el proceso disciplinario adelantado en su contra; así como 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales y 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes por perjuicios a la vida de relación «dados los trastornos emocionales y sicológicos infligidos durante el tiempo que duró el proceso disciplinario en mención, y los efectos estigmatizantes de la sanción que le fuera impuesta».

(ii) Igualmente solicitó que las sumas resultantes sean actualizadas de acuerdo con el índice de precios al consumidor «durante el curso del proceso y hasta cuando se verifique el pago a título de indemnización monetaria» de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del CPACA».

(iii) Dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

(iv) Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

2.1.2. Hechos³

4. En síntesis, los hechos relevantes son los siguientes:

5. El señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz, se desempeñó como gerente general de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (en adelante EAAB).

³ Folios 2 y s.s.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

6. Según la demanda, la EAAB suscribió el contrato No. 1-002-4100-224-2000 del 29 de junio de 2000 con la firma consultora INGETEC S.A. para elaborar los diseños de la construcción de obras para el control de crecientes de la cuenca del Río Tunjuelo, ante la temporada de invierno que afectaba aproximadamente 500.000 personas que viven en la ribera de este.

7. Con base en los diseños, cantidades de obra y presupuestos aportados por INGETEC SA, la EAAB abrió la invitación pública ICSM – 540-2003, con el fin de escoger al contratista que se encargaría de realizar la construcción de las obras.

8. El Consorcio Obras Tunjuelo fue seleccionado y se le fijó un plazo de 28 meses para llevar a cabo las obras.

9. La EAAB suscribió el contrato No. 1-001-25500-726-2004 de 29 de diciembre de 2004 cuyo objeto fue la construcción de las obras para el control de crecientes de la cuenca del Río Tunjuelo «Proyecto de la Presa Seca de Cantarrana».

10. La interventoría del proyecto fue asignada al Consorcio Interventoría «Cantarrana» y la supervisión a la Dirección de la Red Troncal de Alcantarillado de la EAAB.

11. Así mismo el proyecto contó con acompañamiento de la firma diseñadora INGETEC S.A. que participó como asesora durante la construcción de las obras, que se iniciaron el 21 de febrero de 2005.

12. El consorcio OBRAS TUNJUELO incurrió en atrasos e incumplimiento en la ejecución del contrato por lo que la EAAB declaró la caducidad de este mediante la Resolución 0205 de 31 de marzo de 2006, confirmada por la Resolución 0370 de 26 de mayo de 2006.

13. Según la demanda, en atención a las condiciones climatológicas que podrían generar un desbordamiento del río dejando a miles de personas damnificadas, así como el daño de las obras y pérdidas de los recursos que se habían ejecutado por el contratista, se acudió a la modalidad de urgencia manifiesta para contratar la continuación del proyecto.

14. El 31 de julio de 2006, la misma firma INGETEC S.A. actualizó el presupuesto que consideró suficiente para culminar la construcción de las obras para el control de crecientes de la cuenca del Río Tunjuelo, el cual estimó en \$50.899´406.606.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

15. Luego de revisar el presupuesto indicado por INGETEC S.A. la Dirección de Contratación y Compras de la EAAB lo ajustó a \$49.391'394.009, es decir, \$1.508'012.597 menos de lo indicado por la firma asesora.

16. Con fundamento en lo anterior la EAAB promovió el proceso de selección de contratación directa No. ICMS – 379-2006 para continuar con la ejecución de las obras cuyo objeto era el control de crecientes de la cuenca de Río Tunjuelo.

17. Una vez evaluada la oferta que presentó la Unión Temporal MINCIVIL – TOPCO S.A. se aceptó la propuesta y se suscribió el contrato No.01-25500-2872006 de 11 de agosto de 2006, con plazo de ejecución de 11.5 meses a partir de la suscripción del acta de inicio; es decir, el 25 de agosto del mismo año. Por valor de \$49.384'529.131, suma inferior a la inicialmente planteada por INGETEC S.A.

18. El contrato fue objeto de dos adiciones, la primera de ellas el 25 de abril de 2007, relacionada con mayores cantidad de obra prevista en algunos de los *ítems*, como en «las excavaciones y llenos», las cuales fueron autorizadas por la interventoría que autorizó el traslado de recursos correspondientes a otros ítems de obras cuyas cantidades resultaban menores a las inicialmente previstas o que no se ejecutarían, equivalentes a la suma de \$1.514'805.873, por lo que se asignaron esos recursos a aquellos cuyo valor se vería aumentado con la modificación pedida (\$3.869'935.592) por lo que la adición neta ascendió a \$2.295'129.720.



19. La segunda modificación se realizó el 9 de agosto de 2007, en la que se adicionó el plazo de ejecución hasta el 15 de septiembre de 2007 y la interventoría contratada advirtió la necesidad de incrementar cantidades de obras en algunos de los *ítems* estipulados en el contrato por valor de \$1.170'462.725, con el fin de terminar satisfactoriamente el proyecto.

20. Igualmente, la EAAB solicitó ejecutar obras adicionales consistentes en la construcción de una caseta de vigilancia a la entrada del predio, el cerramiento de las principales obras del proyecto y la reparación de la junta de dilatación localizada en el sitio de las obras, lo anterior, para preservar la seguridad, mantener el control de acceso a la presa, entre otros.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

21. El valor de las obras adicionales fue de \$490´000.000 y el valor total de la modificación No. 2 fue de \$747´750.168, por cuanto la EAAB suprimió algunos *ítems* de obra correspondientes a la zona de manejo y preservación ambiental por valor de \$912´715.557, por considerar suficientes los trabajos ejecutados en este aspecto.

22. Según la demanda, las obras se realizaron en los plazos estipulados y se recibieron a satisfacción, por lo que el contrato fue liquidado bilateralmente el 30 de noviembre de 2007: el valor total del contrato incluidas las dos modificaciones y las obras adicionales fue de \$52.427´409.019.

23. Los señores Wilson Borja Díaz, representante a la Cámara y José Fernando Rojas Rodríguez, concejal de Bogotá, formularon queja ante la Procuraduría General de la Nación -en adelante PGN- y demás organismos de control, donde pusieron de presente algunas situaciones que, según su criterio, constituían irregularidades en la ejecución de los contratos cuyo objeto fue la construcción de las obras para el control de crecientes de la cuenta del Río Tunjuelo.

24. En el proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría Distrital de Bogotá mediante auto de 8 de febrero de 2012 se archivó el proceso por considerar que no hubo detrimento patrimonial con ocasión del contrato 287 suscrito por la EAAB.

25. Asimismo, la Fiscalía General de la Nación decidió archivar la investigación que adelantó por los mismos hechos, para lo cual señaló que se realizaron exhaustivas labores de verificación, primero al valor del contrato y luego al costo real de la obra ejecutada por la unión temporal conformada por las firmas MINCIVIL SA y TOPCO y que en ellas un equipo interdisciplinario del CTI pudo comprobar, después se realizar un análisis sobre valores unitarios, que el valor de la obra ejecutada, es decir, el costo de la obra, en su totalidad, efectivamente corresponde con el valor reconocido y pagado por la EAAB al contratista, incluida la adición del contrato.

26. Por su parte la Procuraduría General de la Nación y la Personería de Bogotá iniciaron acciones disciplinarias, no obstante, la primera, por medio de su poder preferente asumió el conocimiento de la adelantada por la Personería y la acumuló al radicado 154-162878-207.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

27. El primer cargo imputado al demandante fue el de participar en la actividad contractual con detrimento del patrimonio público al no disponer de la correspondiente justificación técnica ni económica idónea para estipular un mayor precio de los ítems de obra No. 5.1, 5.3, 5.4, 5.6, 5.7, 5.9, 6.1, 6.2, 6.3, 6.5, 6.6, 8.15.1, 8.18.1, 23.4.1., esto en el contrato No. 1-01-25500-287-206, que suscribió el 11 de agosto de 2006 con la Unión Temporal MINCIVIL S.A.- TOPCO S.A.

28. El ente de control consideró que el demandante transgredió, entre otros, los numerales 1.º y 21 del artículo 34, el numeral 7.º del artículo 35 y el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

29. El segundo cargo que se formuló fue el de participar en la actividad contractual con detrimento del patrimonio público, al autorizar y suscribir la modificación No. 2 del 9 de agosto de 2007, mediante la cual se introdujeron obras adicionales al contrato No. 1. 01-25500-287-2006 del 11 de agosto de 2006, perfeccionando con la Unión Temporal MINCIVIL S.A. – TOPCO S.A. en el sentido de incluir el *ítem* de obra denominado «construcción de una caseta de vigilancia a la entrada de la presa», por valor de \$37´882.338 con un sobrepeso frente al mercado, toda vez que su valor era de \$17´457.067.39, lo que provocó un sobre costo de \$20´452 271, sin que se haya encontrado justificación. Por ello se consideró que le señor Ruiz Ruiz transgredió entre otros, los numerales 1.º y 21 del artículo 34 del Código Disciplinario Único. La falta fue calificada como gravísima con fundamento en el numeral 31 del artículo 48 *ibidem*.



30. Por lo anterior, la Procuradora Delegada para la Moralidad Administrativa profirió decisión sancionatoria el 14 de febrero de 2012 resolviendo sancionar disciplinariamente a Edgar Antonio Ruiz Ruiz, en su condición de gerente general de la EAAB para la época de los hechos, con destitución e inhabilidad general por el término de doce años por ser encontrado responsable del cargo No. 1 parcial en lo que tiene que ver con la imputación endilgada por los *ítems* de obra No. 5.7., 8.15.1, y 8.18.1 del contrato.

31. En la misma decisión se resolvió absolver disciplinariamente al señor Edgar Ruiz Ruiz frente al cargo 1. (parcial) en lo que tiene que ver con la imputación que le fue endilgada por los ítems de Nos 5.1., 5.3., 5.4., 5.6., 5.9., 6.1., 6.2., 6.3., 6.5., 6.6.3, 23.4.1., al igual que respecto de la totalidad de la imputación que le fue endilgada en el cargo No. 2.



32. El demandante, a través de apoderado presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia en cuanto al cargo No. 1. Con base en que: (i) se presentaron inconsistencias de la prueba técnica practicada que atenta contra su tratamiento de plena prueba; (ii) la sanción se derivó de una responsabilidad objetiva prohibida por el ordenamiento jurídico disciplinario, (iii) por incumplimiento en cuanto a la adecuación típica de la conducta; (iv) indebida apreciación de la prueba e inexistencia e imprecisión respecto a la ilicitud sustancial, (v) incompleta formulación y falta de soporte probatorio de la culpabilidad; (vi) indebida apreciación de la prueba; (vii) la decisión de fallo se adoptó sin que se hubiese declarado su responsabilidad fiscal por el órgano de control fiscal por los mismos hechos investigados; (viii) hubo decisión de archivo del proceso penal adelantado en la Fiscalía General de la Nación por los mismos hechos investigados disciplinariamente.

33. En cuanto a la Sala Disciplinaria de la PGN, mediante el fallo de segunda instancia de 22 de junio de 2012 decidió el recurso de apelación, resolviendo confirmar la decisión de primera instancia en relación con la declaratoria de responsabilidad disciplinaria del señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz, en calidad de gerente general de la EAAB.



2.1.3. Disposiciones violadas y concepto de violación⁴.

34. Se invocaron como vulnerados los artículos 29, 121 y 122 de la Constitución Política, 4.º, 6.º, 20, 29.2 y 30 de la Ley 734 de 2002.

35. El concepto de violación expuesto en la demanda se concreta en los siguientes cargos:

(i) Falsa motivación. Se indicó en la demanda que en este caso no se acreditó la tipicidad de la falta comoquiera que no se presentó detrimento patrimonial alguno, tal como lo determinó la Contraloría General de la República, por lo que la Comisión Disciplinaria de la PGN no podía fundar un cargo y mucho menos una sanción en la existencia de tal circunstancia.

36. Estimó que, si bien las responsabilidades frente a un hecho son independientes tanto en lo penal, fiscal y disciplinario, necesariamente un cargo en materia disciplinaria en torno a la causación de un perjuicio económico al Estado no puede desconocer un fallo de la autoridad habilitada constitucionalmente

⁴ Folios 69 y siguientes del Cuaderno 1.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

para decidir sobre ese aspecto. Por tanto, la PGN invadió competencias fiscales al volver a examinar sin fundamento probatorio un aspecto que ya fue evaluado por la Contraloría General de la República.

37. En este caso no se podía aplicar el artículo 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, para señalar que el actor participó con detrimento del patrimonio público al no disponer de la correspondiente justificación técnica ni económica para estipular un mayor precio de los *ítems* de obra 5.1., 5.3., 5.4., 5.6., 5.9., 6.1., 6.2., 6.3., 6.5., 6.6., 8.15.1., 8.18.1., y 23.4.1. en el contrato 1.01-25500-287-2006 que suscribió la EAAB el 11 de agosto de 2006 con la Unión Temporal MINCIVIL - TOPCO S.A., respeto de los precios fijados el 31 de julio de 2006 por INGETEC S.A., lo que se mantuvo hasta la liquidación del contrato «lo que provocó que las obras ejecutadas y pagadas al contratista durante la ejecución del contrato y con ocasión de la liquidación tuvieran un mayor costo de \$4.297'615.092».

38. En este caso, la PGN no podía determinar que existió el citado detrimento patrimonial, por su cuenta, ignorando la especialización funcional de la Contraloría General de la Nación.

(ii) Violación de los artículos 29, numeral 2.º y 30 de la Ley 734 de 2002.

39. Explicó que, en este caso, ocurrió la prescripción de la acción disciplinaria.

40. Sobre el tema expuso que el cargo disciplinario atribuido se edificó sobre la participación del disciplinado en la actividad contractual, con detrimento del patrimonio público, al no disponer de la correspondiente justificación técnica ni económica idónea para para estipular un mayor precio a determinados *ítems* de obras en el contrato de 11 de agosto de 2006.

41. Manifestó el apoderado que si la participación en la actividad contractual se concretó con la firma del Contrato No. 1.01.25500-287-2006, se tiene que la acción disciplinaria y por tanto la facultad punitiva de la PGN se extinguió el 11 de agosto de 2011 por tratarse de una conducta instantánea y que no puede ser transformada en permanente hasta el 30 de noviembre de 2007 cuando se aprobó la liquidación del contrato. Es decir que la carencia de justificación técnica y económica que se le endilgó no puede superponerse a las demás etapas contractuales.





(iii) Tercer cargo. «Vía de hecho por defecto fáctico, con desconocimiento del derecho de defensa y (sic) incursas en falsa motivación».

42. Explicó que en los contratos a precios unitarios la cláusula del valor sirve como indicativo de un monto estimado, pero no es vinculante y obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. Que en esos eventos la cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, estimativo que es necesario para elaborar el presupuesto o para efectos fiscales, pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas solo se determinará cuando se ejecute la obra y aplicando el procedimiento establecido.

43. Frente a este aspecto señaló que el perito de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, señaló en su informe oficial que de conformidad con el pliego, la aceptación de la oferta se efectúa sobre el valor total de la misma y la aceptación de precios unitarios se encuentra implícita, sin que se evalúe de manera individual cada uno de los precios unitarios.

44. Además, que el citado perito indicó que no se presentaron sobrecostos toda vez que el material de mayor valor se ejecutó en menor cantidad que lo previsto en el presupuesto inicial; esto porque en el presupuesto inicial se preveía que se debían ejecutar 42000 m³ con un valor de \$2.055'942.000 y al final se ejecutó un total de 39047 m³ por un valor de \$1.911'389.697, es decir con una diferencia de \$144'552.303.

45. Estimó que la PGN incurrió en una confusión, respecto «del valor de los precios de algunos ítems con el valor total del contrato como reflejo del presupuesto oficial elaborado como marco de su celebración y ejecución». En este sentido, la entidad consideró el valor de cada *ítem* independientemente del valor total del contrato, cuando, por el contrario, era la aplicación del procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutada, lo que determinaba el valor del mismo.

46. En estas condiciones la PGN perdió de vista la existencia de un presupuesto oficial global y que dicho valor se determinaría una vez concluyera la obra y que en ningún caso se sobrepasó aquel, ni se causó un daño al patrimonio público.





(iv) Violación al debido proceso «en cuanto a sus principios de legalidad e interpretación restrictiva, y de la sentencia C-818 de 2005 y demás normas que se relacionan».

47. Indicó que la PGN le endilgó al demandante que había desconocido un deber funcional por cuanto había participado en la actividad contractual con detrimento del patrimonio público al no disponer de la correspondiente justificación técnica ni económica para estipular un mayor precio de los *ítems* de obra 5.1., 5.3., 5.4., 5.6., 5.9., 6.1., 6.2., 6.3., 6.5., 6.6., 8.15.1., 8.18.1., y 23.4.1. en el contrato 1.01-25500-287-2006 que suscribió el 11 de agosto de 2006 con la Unión Temporal MINCIVIL TOPCO S.A.

48. Asimismo, la ilicitud sustancial la hicieron consistir en un desconocimiento del principio de responsabilidad personal e incumplimiento del deber legal de cuidado en la actividad contractual para evitar el detrimento del patrimonio de la entidad antes de la firma del contrato 287 de 2006, durante su ejecución y hasta su liquidación, al no justificar ni técnica ni financieramente los mayores valores contratados y pagados al contratista frente a los precios unitarios contenidos en el presupuesto oficial.

49. Sin embargo, los funcionarios disciplinarios tomaron como referente para considerar configurado el principio de ilicitud sustancial de la falta disciplinaria la supuesta existencia de un detrimento patrimonial determinado por la carencia de justificación técnica y económica de unos *ítems*, en la celebración del aludido contrato. Empero, tal detrimento no existió, tal como lo concluyó la Contraloría General de la República.

50. Insistió en que en los contratos a precios unitarios los ítems no se pueden valorar independientemente con prescindencia del precio global del contrato, porque cada oferente dependiendo de sus condiciones competitivas se mueve con diferentes márgenes en su propuesta, por ende, al no haberse sobrepasado este presupuesto global en la ejecución y liquidación del mismo, de acuerdo con la sentencia C – 818 de 2005, no tuvo ocurrencia un atentado al deber funcional de preservación del patrimonio público.

51. Citó las sentencias C – 1076 de 2002, C – 125 de 2003 y C – 796 de 2004 y explicó que también se desconoció el principio de proporcionalidad toda vez que «si hay carencia de antijuricidad sustancial, no es posible sancionar su conducta pues el contrato cumplió su cometido y la obra se entregó a satisfacción». Esto, porque la esencia de la antijuricidad es la ofensa a un bien jurídico





protegido por la norma se infringe con la realización de la acción, sí esta no se presenta, se impone la absolución y no la sanción.

2.2. Contestación de la demanda⁵.

52. La Nación- Procuraduría General de la Nación, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual manifestó lo siguiente:

53. Las decisiones disciplinarias se produjeron con ocasión del trámite disciplinario que se adelantó con respeto del derecho al debido proceso y el derecho de defensa, donde se pudo establecer que el demandante intervino en el proceso contractual, dentro del cual no dispuso de justificación técnica y económica frente a la realización de los *ítems* de obra 5.7., 8.15.1., 8.18.1, del segundo contrato de la «Presa Seca de Cantarrana», celebrado entre la EAAB y la Unión Temporal MINCIVIL S.A. TOPCO SA, en virtud de lo cual el valor del contrato se pagó con sobrecostos frente a lo que inicialmente se presupuestó.

54. Preciso que desde el punto de vista jurídico y probatorio representa la comisión de una conducta constitutiva de falta disciplinaria dolosa, en virtud de la infracción de los artículos 123 inciso 2.º de la Carta Política, 4.º de la Ley 489 de 1998; 16 inciso 1.º y 25 de la Resolución 1016 de 28 de diciembre de 2005 y 11 de la Resolución 088 de 1.º de febrero de 2007, en armonía con los artículos 34 numerales 1.º y 21, 35 numeral 7.º, 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, sancionable con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos de 10 a 20 años.

55. El disciplinado no tuvo en cuenta las obras que determinó INGETEC S.A., y que se debían realizar en su totalidad, sino que incorporó al contrato, sin soporte técnico ni económico que así lo justificara, obras no especificadas ni presupuestadas cuyos valores aparecen contenidos en los *ítems* del contrato 5.7., 8.15.1, y 8.18.1.

56. Dijo que el nuevo contrato fue adicionado en 2 ocasiones, la primera de ella, por \$3.869'935.595 para excavaciones y la segunda adición se suscribió el 9 de agosto de 2007 por valor de \$1.170'462.725 y obras adicionales por valor de \$490'000.000 y una modificación por valor de \$747'750.168 al suprimirse *ítems* por valor de \$912'712.557.



⁵ Folios 246 y s.s. cuaderno 1.º.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

57. Dijo que el valor total del contrato fue de \$52.427´409.109 según la liquidación realizada el 30 de septiembre de 2007, la cual fue objeto de aprobación con fecha 30 de noviembre de 2007.

58. Explicó que el hecho de que se contrate por un valor inferior al presupuestado globalmente no puede significar que el ordenador del gasto tenga la posibilidad de incluir dentro del contrato la realización de obras no justificadas desde el punto de vista técnico y económico ni que se deban hacer obras no justificadas hasta alcanzar o superar el valor presupuestado sin que exista dicho soporte.

59. Explicó que si bien la Contraloría Distrital de Bogotá el 8 de febrero de 2012 archivó el proceso de responsabilidad fiscal así como sucedió en la Fiscalía General de la Nación, se tiene que los procesos de responsabilidad fiscal, penal y disciplinario son de naturaleza, principios y origen diversos, de manera tal que los procesos que al respecto se realizan son autónomos e independientes y no necesariamente deben coincidir en sus resultados.

60. Al fallar el proceso la PGN consideró parcialmente probado el primer cargo por incluir en el contrato los ítems de obra No. 5.7., 8.15.1, y 8.18.1. no consideradas como necesarios en los estudios y proyecciones de INGETEC S.A. y de la propia EAAB, es decir, sin soporte técnico y económico, por violación de los artículos 34 numerales 1.º y 21.º; 35 numeral 7.º y 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002. Como cargo No. 2. la PGN cuestionó la existencia de sobrecostos en la construcción de una caseta por valor de \$20´452.271. pero de dicho cargo se absolvió al implicado.

61. Aclaró que aunque el precio globalmente presupuestado eventualmente coincida o esté por encima del precio finalmente fijado en el contrato, parte de las obras ejecutadas no formaron parte del análisis técnico y económico efectuado frente al tema; y por ello resulta evidente la transgresión de los artículos 123 de la Carta Política y 4.º de la Ley 489 de 1989 en cuanto los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, toda vez que deben ejercer sus funciones administrativas consultando el interés general.

62. Al demandante se le atribuyó responsabilidad por cuanto como gerente le correspondía expedir actos, celebrar contratos y ejecutar operaciones necesarias para asegurar el normal funcionamiento de la EAAB orientada a optimizar el manejo de sus recursos y tal





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

cometido no se cumplió por cuanto parte de las obras que fueron contratadas carecían de justificación y excedían el costo real.

63. Además, se atentó contra el patrimonio público por cuanto en la liquidación del contrato 287 de 2006 se aprobó un mayor valor equivalente en total a \$571'507.442,16, tal como se le indicó en el fallo de primera instancia.

64. Por su parte en el fallo de segunda instancia se le precisó que el deber de cuidado en la actividad contractual para evitar detrimento del patrimonio y la entidad surgió desde antes de la firma del contrato, durante la ejecución y en la liquidación del mismo al no justificar ni técnica ni financieramente los mayores valores contratados y pagados al contratista frente a los precios unitarios contenidos en el presupuesto oficial, con lo que se demostró la ilicitud sustancial de la conducta por el desconocimiento de los principios de moralidad y economía que rigen la función pública.

65. Explicó que debe tenerse presente que de conformidad con la Resolución No. 88 de 1.º de febrero de 2007, en su artículo 11, con la liquidación del contrato celebrado se deben efectuar los reconocimientos a que haya lugar y en el caso que nos ocupa es evidente que los reconocimientos efectuados no guardan correspondencia con la analizado y presupuestado por INGETEC S.A. que fuera acogido como parámetro para definir la contratación cuestionada, todo lo cual implica la comisión de las faltas disciplinarias contenidas en los artículos 34 en numerales 1.º y 21 y 35 numeral 1.º de la Ley 734 de 2002.



66. Dijo que esto se explicó en el fallo de segunda instancia cuando se dijo que si se hubiera tenido en cuenta los precios de la invitación al momento de la adjudicación del contrato, aún con los ajustes por factores al recibir el presupuesto oficial se le hubiera ahorrado a la entidad la suma de \$553'530.203 pero como no se hizo se configuró el detrimento del patrimonio de la misma por cuanto pagó una cifra mayor a la que debía cancelar, con lo que se transgredieron los principios contractuales y se incurrió en la conducta señalada en la Ley 734 de 2002, artículo 48, numeral 31.

67. Además aclaró que en este caso el demandante nunca allegó al proceso alguna prueba que condujera a desvirtuar la conducta imputada ni afirmar que las disposiciones sustantivas cuyo cumplimiento le eran exigibles se atendieron en debida forma; al contrario, lo que emitió fue una opinión acerca del contenido de la



prueba técnica que sirvió para fundamentar su responsabilidad, es decir que la defensa se centró en afirmar que la PGN no probó adecuadamente y desde el punto de vista técnico el monto de la afectación patrimonial generada por la celebración y ejecución del contrato, lo cual, conforme se desprende la motivación de los actos acusados no es cierto toda vez que éstos fueron claros y señalaron los costos del contrato y las obras a emprender en virtud del análisis previo realizado por la firma INGETEC S.A.

68. Empero de manera inexplicable el implicado en lugar de acoger tales estudios decidió contratar unas obras no especificadas en los mismos y pagar un costo de mayor valor carente de soporte técnico y económico que lo justificara, situación examinada en las providencias de primera y segunda instancia.

69. Finalmente explicó que en este caso no ocurrió la prescripción de la acción disciplinaria comoquiera que se trata de una conducta de tracto sucesivo que inició con la suscripción del contrato sin justificar el costo de alguno de los sistemas de las obras contratadas y concluyó con el pago de tales obras en exceso a favor del contratista. Por tanto, como la acción disciplinaria prescribe en 5 años contados desde la realización del último acto es evidente que no operó el fenómeno la prescripción como quiera que el acta de liquidación del contrato se efectuó el 30 de noviembre de 2007 donde se pudo establecer que se pagó un mayor valor al presupuestado.



2.3. Sentencia de primera instancia⁶

70. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió fallo el 11 de agosto de 2016 en el cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas a la parte demandada.

71. Para tales efectos realizó una extensa relación probatoria, luego de lo cual particularizó los cargos formulados al demandante de acuerdo con las decisiones disciplinarias cuestionadas.

72. A partir de ello concluyó que la única conducta sancionada por la PGN fue el cargo primero referente a la participación en la actividad contractual con detrimento del patrimonio público al no disponer de la correspondiente justificación técnica ni económica idónea para estipular un mayor precio de algunos *ítems* del Contrato 287 de 11 de agosto de 2006.

⁶ Folios 370 a 383.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

73. En su consideración la conducta que se sancionó hizo referencia directa al cumplimiento de requisitos previos a la suscripción del contrato porque con la firma del contrato se configuró la falta de justificación técnica y económica que es una conducta instantánea y no como se afirmó en el fallo disciplinario de segunda instancia puesto que el segundo cargo endilgado en el auto de formulación de cargos referente a las modificaciones del contrato no fue objeto de sanción, por tanto, el término de caducidad no debe contarse ni desde la liquidación del acta ni desde la modificación del contrato.

74. A partir de allí estimó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la PGN contaba con el término de 5 años para proferir la sanción disciplinaria término que debía ser contado desde el 11 de agosto de 2006, es decir, desde la suscripción del contrato que es la conducta por la cual se sancionó al señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz.

75. Se refirió a la sentencia del Consejo de Estado de 13 de febrero de 2014 proferido por la Sección Segunda, Subsección A dentro del proceso radicado interno 0328-2012 así como a la sentencia C - 244 de 1996 proferida por la Corte Constitucional, y concluyó que en este caso la PGN debía proferir la decisión sancionatoria de primera instancia a más tardar el 11 de agosto de 2011, pero dentro del plenario constaba que fue dictada el 14 de febrero de 2012.



76. En virtud de ello encontró probado el cargo referente a la ocurrencia de la prescripción **y se abstuvo de analizar las restantes causales de anulación formuladas en la demanda.**

77. Como consecuencia de lo anterior declaró la nulidad de las decisiones disciplinarias sancionatorias y denegó los perjuicios materiales reclamados y los correspondientes al daño a la vida de relación; empero, decidió otorgar al demandante 20 SMMLV por concepto de perjuicios morales de acuerdo con las pruebas testimoniales allegadas al proceso. Ordenó que las sumas resultantes debían ser actualizadas de conformidad con el artículo 187 del CPACA y dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 *ibidem*.

78. Finalmente, negó las demás pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas.



2.4. Recurso de apelación⁷.

79. La apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de alzada en contra de la decisión de primera instancia, en escrito en el cual manifestó, en síntesis, lo siguiente:

80. Estimó que en este caso se acreditó la tipicidad de la conducta desplegada por el demandante. Al efecto explicó que el tipo está conformado por la descripción de la conducta, que es la parte objetiva donde se establece el incumplimiento de deberes, funciones, omisiones y extralimitaciones del servidor público como objeto de persecución disciplinaria.

81. Luego citó el cargo por el cual se sancionó al demandante y explicó que la PGN pudo comprobar que en su calidad de gerente de la EAAB contrarió los artículos 123⁸ inciso 2.º de la Carta Política, 4.º de la Ley 489 de 1998, la Resolución 1016 de 2005 y sus artículos 16 inciso 1¹⁰ y 25¹¹ y la Resolución 088 de 2007, art. 11¹² (ambas hacen parte de los reglamentos internos de la EAAB en

⁷ Ff. 393 y s.s. Cuaderno principal.

⁸ «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»

⁹ «**ARTÍCULO 4.- Finalidades de la función administrativa.** La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general».

¹⁰ «**ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. ADJUDICACIÓN.** La adjudicación del contrato se hará teniendo en cuenta los criterios expuestos en los términos de referencia o invitación de presentación de oferta, tales como: precio, plazo, cumplimiento en contratos anteriores, calidad del bien o servicio, capacidades técnicas, experiencia, organización y equipo de proveedores».

¹¹ «**ARTÍCULO VIGESIMO QUINTO.- FACULTAD DE INTERPRETACIÓN.** Las disposiciones del presente manual deberán ser interpretadas de manera integral y sistemática, en concordancia con las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Los eventos que no se encuentren previstos expresamente en el Manual se atenderán aplicando la regla que haya resuelto otro similar a partir de la vigencia del mismo. En todo caso, la actuación en el procedimiento de contratación estará regida por los principios de responsabilidad personal y economía, y orientada a obtener la optimización de los recursos de la Empresa. De todas formas, la facultad de interpretar la presente resolución, que adopta el Manual de Contratación de la EAAB la tendrá la Gerencia jurídica con el acompañamiento de un asesor de la Gerencia General, designado por ésta.»

¹² «**ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO.** Modificar el artículo [vigésimo segundo](#) de la Resolución 1016 de 2005, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO SEGUNDO.- LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.** Los contratos de tracto





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

concordancia con la Ley 734 de 2002 y sus artículos 34 numeral 1.^o¹³ y 21, 35 numeral 7.^o¹⁴ y 48 numeral 31¹⁵.

82. Según la apoderada la ilicitud reprochada consistió en el que el señor Ruiz Ruiz no tuvo en cuenta las obras y precios que determinó INGETEC S.A., quien elaboró los diseños de la construcción del proyecto para el control de crecientes de la cuenca del Río Tunjuelo, los que se debían realizar en su totalidad, sin que le estuviese permitido al gerente incorporar al contrato, sin soporte técnico ni económico que lo justificara, obras no especificadas ni presupuestadas, cuyos valores aparecen contenidos en los ítems del contrato citados bajo los números 5.7., 8.15.1. y 8.18.1.

83. Indicó que, al carecer de la citada justificación, resultaba claro que los reconocimientos dinerarios que se efectuaron no guardaron correspondencia con los estudios y los diseños que la empresa INGETEC S.A. realizó, y que fueron acogidos para definir la contratación.

sucesivo cuyo valor sea igual o superior a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y los demás que lo requieran se liquidarán de común acuerdo por las partes dentro del plazo fijado en cada contrato.

En el acta de liquidación se consignarán, entre otros, los ajustes y reconocimientos a que haya lugar, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Si no hubiere acuerdo para liquidar, así lo informará el interventor del respectivo contrato por escrito al ordenador del gasto, dejando constancia sobre esta situación y consignando algunos antecedentes y datos del contrato, tales como, garantías constituidas, balance financiero, penas pecuniarias, multas y obligaciones pendientes. Este informe será remitido a la Gerencia Jurídica para que sea ésta la que defina las actuaciones pertinentes».

¹³ «**Artículo 34.** Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

[...]

21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados. »

¹⁴ « **Artículo 35.** Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

[...]

7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado. »

¹⁵ « **Artículo 48.** Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

[...]

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





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

84. En ese orden, las decisiones adoptadas por el organismo no son fruto de una apreciación sin sustento, toda vez que las pruebas demostraron que se contrataron unas obras que adolecían de justificación y aun así se facilitó el pago de estas, imputación que se encuentra demostrada y no fue desvirtuada.

85. Dijo que se apartaba del análisis del Tribunal en la medida en que el estudio del cargo primero que le fue imputado al señor Ruiz Ruiz y del cual se declaró probado parcialmente y no desvirtuado, no centró la ilegalidad de la conducta en el solo hecho de la suscripción del contrato número 1-01-25500-287-2006- de 11 de agosto de 2006. Al contrario, la PGN fue enfática en señalar que el al suscribirse el contrato, no se dispuso de la correspondiente justificación técnica ni económica para estipular un mayor precio de ciertos *ítems* de obra y pese a ello dicho omisión se prolongó durante la ejecución del contrato y hasta el momento en que se aprobó la liquidación del mismo.

86. Además, tanto el pliego de cargos como la parte motiva de los actos administrativos sancionatorios y la parte resolutive de éstos, dieron cuenta que la comisión de la falta fue continuada y no instantánea porque se tuvo en cuenta lo siguiente:

(i) La fecha de suscripción del contrato fue el 11 de agosto de 2006.

(ii) El contrato fue objeto de 2 modificaciones la primera el 25 de abril de 2007, motivada porque el contratista advirtió que al comparar las cantidades de obra previstas en algunos ítems del contrato con las establecidas durante la ejecución del mismo se presenta un incremento en las excavaciones y rellenos. La segunda sucedió el 9 de agosto de 2007, donde se amplió el plazo de ejecución hasta el 15 de septiembre de 2007, y se incrementaron las cantidades de obra en algunos ítems del contrato para terminar el proyecto.

(iii) El contrato fue liquidado bilateralmente el 30 de noviembre de 2007.

87. Por tanto la conducta no se agotó con la simple suscripción del contrato en la medida que la misma se mantuvo durante las modificaciones, la ejecución y hasta la liquidación del mismo toda vez que el demandante tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las presuntas diferencias en los precios señalados durante las modificaciones que sufrió el contrato hasta su liquidación y no lo





hizo, omisión que dio lugar a la erogación de los dineros de la empresa concluyéndose por la PGN que la conducta del disciplinado se extendió hasta el último acto constitutivo del presunto detrimento como es el acto administrativo de liquidación del contrato de obra el 30 de noviembre de 2007.

88. Por tanto, no operó la figura de la prescripción de la acción disciplinaria señalada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2007, antes de la modificación introducida por la Ley 1474 de 2011, comoquiera que la liquidación se realizó el 30 de noviembre de 2007, el fallo de primera instancia se profirió el 14 de febrero de 2012 y el fallo de segunda instancia el 22 de junio de 2012.

2.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

2.5.1. La parte demandante¹⁶ manifestó encontrarse en desacuerdo con la tesis de prescripción de la acción disciplinaria señalada por la entidad apelante para lo cual señaló que no es admisible que el término de prescripción se interrumpa con la notificación al disciplinado de la providencia que defina la situación jurídica en primera instancia, pues en su sentir el proceso disciplinario es uno solo y en esa medida con la expedición y notificación del fallo de segunda instancia que resuelve el recurso de apelación es que debe entenderse finalizada la actuación del ente de control.

2.5.2. La apoderada de la PGN¹⁷ reiteró los planteamientos señalados en el recurso de apelación.

89. El Procurador Delegado ante esta Corporación guardó silencio¹⁸.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

90. Es competente esta Subsección para decidir dentro del proceso del epígrafe, conforme con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA¹⁹.

¹⁶ Folios 451 - 454 .

¹⁷ Folios 455-466.

¹⁸ Conforme a la constancia secretarial que obra en el folio 467 del expediente.

¹⁹ CPACA, art. 150: «Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las





3.2. Problemas jurídicos.

91. En esta oportunidad la controversia se centra en establecer lo siguiente: (i) ¿en este caso ocurrió el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria?; en caso de que la respuesta al anterior interrogante sea negativa la Sala deberá establecer: (ii) ¿La PGN, al expedir los actos sancionatorios incurrió en falsa motivación al desconocer que la Contraloría General de la República determinó que por esos hechos no ocurrió detrimento patrimonial?, (iii) ¿En este caso la PGN incurrió en una falsa motivación derivada de una defectuosa valoración probatoria al analizar el elemento «detrimento patrimonial» del tipo disciplinario? y (iv) finalmente se verificará si ¿en este caso se desatendió el principio de interpretación restrictiva establecido en sentencia C-818 de 2005 y demás normas que se relacionan y con ello el elemento de ilicitud sustancial?.

92. Para el efecto, la Sala seguirá el siguiente orden metodológico: se referirá al (i) control integral que ejerce el juez de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de carácter disciplinario (ii) verificará si en este caso ocurrió la prescripción de la acción disciplinaria; (iii) analizará aspectos sustanciales de los elementos que estructuran la responsabilidad disciplinaria, (iv) analizará las restantes causales de nulidad alegadas en la demanda.



3.3. Fondo del asunto

3.3.1. Del control integral de la sanción disciplinaria

93. La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de unificación²⁰, determinó que el juez de lo contencioso administrativo ejerce un control integral sobre los actos administrativos de carácter disciplinario. En tal sentido, está habilitado no solo para ejercer el juicio de legalidad enmarcado en las causales de nulidad invocadas por la parte demandante, sino, para analizar todos aquellos aspectos sustanciales de la actuación disciplinaria, que permitan cumplir la finalidad de una tutela judicial efectiva.

sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]».

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto de 2016, CP. William Hernández Gómez. Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz, Radicación: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU).



94. Para precisar el alcance del control integral, en la sentencia de unificación *ut supra* se fijaron las siguientes reglas²¹:

i) La competencia del juez administrativo es plena, sin «deferencia especial» respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. ii) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. iii) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. iv) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. v) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. vi) El juez de lo contencioso administrativo no solo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. vii) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. viii) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.

3.3.2. Breve síntesis del proceso disciplinario adelantado en contra del señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz.



(i) Queja²². El señor Wilson Alfonso Borja Díaz, representante a la Cámara²³, y José Fernando Rojas Rodríguez, concejal²⁴, el 15 de junio de 2007 presentaron queja en contra del señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz, ante la PGN donde solicitaron investigar las presuntas irregularidades en que incurrió el acá demandante en el proceso de adjudicación y ejecución del contrato celebrado para la construcción del proyecto de control de crecientes del Río Tunjuelo. Lo anterior, en síntesis, por los siguientes hechos:

- Allí indicaron que el proceso licitatorio fue adjudicado al Consorcio Obras Tunjuelo conformado por Quality Couries Internacional SEA y la firma nacional de diseños y construcciones civiles DICONCI SA.

- El contrato inició el 21 de febrero de 2005, sin embargo, a los pocos meses, DICONCI S.A., empresa que hacía parte del consorcio Obras Tunjuelo, entró en proceso de reestructuración lo que condujo a su liquidación definitiva. Por lo anterior QUALITY SA

²¹ Ibidem.

²² Folios 4 a 15 segundo cuaderno de los antecedentes administrativos.

²³ Para la época de formulación de la queja.

²⁴ Ibidem.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

le propuso a la EAAB otras firmas para su reemplazo, pero la entidad guardó silencio frente a esta propuesta y , al contrario, la EAAB, le insistió que aceptara a MINCIVIL SA.

- Ante la negativa de QUALITY SA de aceptar a la firma MINCIVIL SA para que hiciera parte de la unión temporal, la EAAB optó por decretar la caducidad del contrato, soportada en el atraso parcial de la obra por el no cumplimiento de unos topes de volúmenes diarios de producción.

- Según la queja, el objeto del contrato debía fundamentarse en los estudios de evaluación y diseños elaborados por INGETEC S.A. durante el periodo 1967 -1972, sin embargo, los retrasos en las obras obedecieron a la impericia de INGETEC S.A. en la medida en que no advirtió de la presencia de fallas geológicas en la zona de construcción de la presa, situación que, según la queja, generó una información errada en los pliegos de la licitación y sobrecostos.

- Durante el proceso de selección inicial la firma MINCIVIL S.A. no obtuvo calificación por no cumplir las especificaciones técnicas, no acreditó el subtotal de capacidad de contratación residual mínima exigida, determinándose en consecuencia como no hábil dentro del proceso licitatorio.

-Mediante Resolución 205 de 31 de marzo de 2006 el gerente de la EAAB decretó la caducidad del contrato.

-La EAAB contrató con MINCIVIL S.A. pese a que fue descalificada, para lo cual se sustentó en que la que fue objeto de descalificación fue la «UT MINCIVILO SA AIA Arquitectos e Ingenieros Asociados SA y GRANDICÓN», considerando los quejosos que las uniones temporales no cambian las condiciones particulares de las personas jurídicas.

- Debió acudir a la empresa que obtuvo la segunda calificación, como lo fue «FERRROVIAL EL CÓNDROR», firma que tuvo en cuenta las evaluaciones y los estudios iniciales llevados a cabo durante el proceso licitatorio, por lo que no era lógico que se le hubiera adjudicado el contrato a MINCIVIL S.A.

- Posteriormente, señalaron en relación con el contrato suscrito entre MINCIVIL SA y la EAAB, que si el contrato inicial suscrito con el Consorcio Obras Tunjuelo fue por un valor de \$47.500´000.000, habiéndose ejecutado hasta el momento de la declaratoria de caducidad \$16.000´000.000, no se comprendía por qué el segundo contrato se suscribió por \$49.400´000.000.





(ii) Indagación preliminar. Por auto de 31 de agosto de 2007, el Despacho del Procurador General – Oficina Asesores dispuso la apertura de la indagación preliminar en contra del señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz²⁵

95. En la citada providencia se ordenó la práctica de visita especial a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá con el fin de obtener toda la documentación relacionada con el objeto de una investigación y que no fue aportada por el quejoso, además ordenó escuchar en versión libre al señor Ruiz Ruiz el 24 de octubre de 2007, para lo que dispuso notificarle dicha decisión.

(ii) Por Auto 086 de 12 de julio de 2007 suscrito por la Dirección de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá²⁶ se dio apertura a indagación preliminar en contra del señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz por presuntas irregularidades relacionadas con la adjudicación, contratación y ejecución del contrato celebrado por la EAAB y la Unión temporal MINCIVIL S.A. TOPCO S.A. para la construcción de la obra «Presa Seca de Cantarrana».

(iii) Mediante proveído de 31 de de marzo de 2008 la Procuraduría General de la Nación decidió ordenar la acumulación de la acción disciplinaria radicada con el No. 0142-160470, al expediente 154-162878-07²⁷.



(iv) Mediante **auto de 9 de abril de 2008 el Viceprocurador General de la Nación²⁸** decidió ejercer el poder preferente del proceso 10233 de 2007 que adelantaba la Personería de Bogotá DC.

(v) Auto de formulación de cargos.

96. Por medio de auto de **15 de octubre de 2010²⁹** la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal procedió a calificar la investigación disciplinaria, profiriendo pliego de cargos en contra de Edgar Antonio Ruiz Ruiz y Ulises Julio Ibarra Daza, por dos reproches disciplinarios, a los que se hará alusión en el cuadro siguiente.

97. En primera instancia se sancionó al señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz al encontrar probado parcialmente el primer cargo y se le

²⁵ Folios 12 a 14 Cuaderno segundo del cuaderno actuaciones disciplinarias.

²⁶ Folios 104 y 105 ibidem.

²⁷ Folios 98 y s.s. Ibidem.

²⁸ Folios 106 – 107 Ibidem.

²⁹ Folios 319 y s.s. del cuaderno 3.º ibidem



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

absolvió frente al segundo; dicha decisión fue confirmada en segunda instancia por la Sala Disciplinaria de la PGN. Sobre tales decisiones se referirá la Sala en mayor detalle, así:

<p>PLIEGO DE CARGOS 15 DE OCTUBRE DE 2010³⁰</p>	<p>DECISIÓN SANCIONATORIA DE PRIMERA INSTANCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2012³¹, DICTADA LA PROCURADORA DELEGADA PARA LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA</p>
<p>• FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LOS CARGOS</p> <p>Primer cargo:</p> <p>«Participar en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público, al no disponer de la correspondiente justificación técnica y económica idónea para estipular un mayor precio de los ítems de obra Nos. 5.1, 5.3, 5.4, 5.6, 5.7, 5.9, 6.1, 6.2, 6.3, 6.5, 6.6, 8.15.1, 8.18.1, 23.4.1., en el contrato No. 1-01-25500-287-2006, que suscribió el 11 de agosto de 2006 con la UNIÓN TEMPORAL MINCIVIL S.A.- TOPCO S.A., cuyo objeto consistió en la continuación de la construcción de las obras para el control de crecientes de la Cuenca del río Tunjuelo, respecto a los precios fijados el 31 de julio de 2006 por el diseñador y asesor del mencionado proyecto (INGETEC), omisión (carencia de justificación técnica y económica) que se prolongó durante la ejecución del contrato (25 de agosto de 2006 al 15 de septiembre de 2007) y hasta el momento en que el disciplinado aprobó la liquidación del aludido contrato el 30 de noviembre de 2007 guardando silencio al respecto, lo que provocó que las obras ejecutadas y pagadas al contratista durante la ejecución y con ocasión de la liquidación tuvieran un mayor costo de \$4.297'615.092.30, como se ilustra en el cuadro No. 1.»</p> <p>Segundo cargo. «[...] participar en la actividad contractual con detrimento del patrimonio público, al autorizar y suscribir la modificación No. 2. de 9 de agosto de 2007, mediante el cual (sic) se introdujeron obras adicionales al contrato No. 1-01-25500-287-2006, que suscribió el 11 de agosto de 2006, perfeccionado con la UNIÓN TEMPORAL MINCIVIL S.A.- TOPCO S.A., cuyo objeto consistió en la continuación de la construcción de las obras para el control de crecientes de la cuenca del río Tunjuelo, en</p>	<p>A través de esta decisión se sancionó al demandante al encontrarlo responsable de la comisión parcial del primer cargo imputado. Al efecto le encontró responsable de la falta gravísima a título de dolo, establecida en el art. 48 numeral 31⁴³ de la Ley 734 de 2002. Por lo anterior la PGN dispuso :</p> <p>«RESUELVE</p> <p>PRIMERO: SANCIONAR disciplinariamente al doctor EDGAR ANTONIO RUIZ RUIZ identificado con la cédula de ciudadanía [...], en su condición de Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para la época de los hechos (2006-2007), con DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE DOCE (12) AÑOS, toda vez que fue encontrado responsable del cargo No. 1 (parcial) formulaban el auto de 15 de octubre de 2010, preferido por el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal en el expediente 154-162878-2007, en lo que tiene que ver con la imputación que le fue entregada por los ítems de obra Nos. 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. correspondientes al denominado segundo contrato del proyecto de la Presa seca de Cantarrana de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. [...]</p> <p>TERCERO: ABSOLVER disciplinariamente al doctor Edgar Antonio Ruiz Ruiz identificado con la cédula de ciudadanía [...], en su condición de Gerente General de la Empresa de Acueducto y</p>



³⁰ Ibidem (f. 321 y s.s.)

³¹ Ff. 40 y s.s.

⁴³ « **Artículo 48.**Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

[...]

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



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

<p>el sentido de incluir el ítem de obra denominado “construcción de una caseta de vigilancia a la entrada de la presa”, por valor de \$37’882.338 con un sobre precio frente a los del mercado de la época, toda vez que su valor era de \$17’457.067.39,, lo que provocó un sobrecosto de \$20.452.271 por dicho concepto, sin que se haya encontrado justificación alguna, según análisis efectuado al respecto por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.»</p> <p>IMPUTACIÓN JURÍDICA, FRENTE AL PRIMER CARGO, QUE ES SOBRE EL CUAL SE LE SANCIONÓ DISCIPLINARIAMENTE EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA.</p> <p>En cuanto al primer cargo³², se señaló que el señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz en su calidad de gerente de la EAAB contrarió los artículos 123³³ inciso 2.º de la Carta Política, 831³⁴ del Código de Comercio, 4.º³⁵ de la Ley 489 de 1998, la Resolución 1016 de 2005 y sus artículos 16 inciso 1³⁶ y 25³⁷ y la Resolución</p>	<p>Alcantarillado de Bogotá para la época de los hechos (2006-2007), frente al cargo No. 1 (parcial) en lo que tiene que ver con la imputación que le fue indicada por los ítems de obra No. 5.3., 5.4., 5.6., 5.9., 6.1., 6.2., 6.3., 6.5., 6.6., y 23.4.1. al igual que respecto a la totalidad de la imputación que le fue indicado en el cargo No. 2, según auto del 15 de octubre de 2010, proferido por el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal en el expediente 154-162878-2007, con el consecuente archivo definitivo de las presentes diligencias únicamente con los supuestos fácticos examinados en tales conductas, con fundamento en el artículo 73 de la Ley 734 de 2002, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. [...]]⁴⁴.</p>
---	--

³² Folios 335 y siguientes del cuaderno 3.º ibidem.

³³ «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»

³⁴ « **ARTÍCULO 831. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.** Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.»

³⁵ «**ARTICULO 4.- Finalidades de la función administrativa.** La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general».

³⁶ «**ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. ADJUDICACIÓN.** La adjudicación del contrato se hará teniendo en cuenta los criterios expuestos en los términos de referencia o invitación de presentación de oferta, tales como: precio, plazo, cumplimiento en contratos anteriores, calidad del bien o servicio, capacidades técnicas, experiencia, organización y equipo de proveedores».

³⁷ «**ARTÍCULO VIGESIMO QUINTO.- FACULTAD DE INTERPRETACIÓN.** Las disposiciones del presente manual deberán ser interpretadas de manera integral y sistemática, en concordancia con las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Los eventos que no se encuentren previstos expresamente en el Manual se atenderán aplicando la regla que haya resuelto otro similar a partir de la vigencia del mismo. En todo caso, la actuación en el procedimiento de contratación estará regida por los principios de responsabilidad personal y economía, y orientada a obtener la optimización de los recursos de la Empresa. De todas formas, la facultad de interpretar la presente resolución, que adopta el Manual de Contratación de la EAAB la tendrá la Gerencia jurídica con el acompañamiento de un asesor de la Gerencia General, designado por ésta.»

⁴⁴ F. 146- 147 Cuaderno principal.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

088 de 2007, art. 11³⁸ (ambas hacen parte de los reglamentos internos de la EAAB) en concordancia con la Ley 734 de 2002 y sus artículos 34 numeral 1.^o³⁹, 35 numeral 7.^o⁴⁰ y 48 numeral 31⁴¹.

Sobre el quebrantamiento de cada una de estas normas, en los términos endilgados en el pliego de cargos, se ahondará en el acápite siguiente.

La comisión de las faltas señaladas se imputó a título de **dolo y culpa gravísima respectivamente**⁴².

LA DECISIÓN DISCIPLINARIA DE SEGUNDA INSTANCIA⁴⁵.

La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación profirió decisión sancionatoria el 22 de junio de 2012, a través de la cual confirmó la decisión sancionatoria de primera instancia en los siguientes términos:

«**PRIMERO: DECLARAR** improcedente la solicitud de prescripción interpuesta por el apelante Ulises Julio Ibarra Daza, conforme las razones expuestas en la parte motivan de la presente providencia.

³⁸ «**ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO.** Modificar el artículo [vigésimo segundo](#) de la Resolución 1016 de 2005, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO SEGUNDO.- LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.** Los contratos de tracto sucesivo cuyo valor sea igual o superior a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y los demás que lo requieran se liquidarán de común acuerdo por las partes dentro del plazo fijado en cada contrato.

En el acta de liquidación se consignarán, entre otros, los ajustes y reconocimientos a que haya lugar, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Si no hubiere acuerdo para liquidar, así lo informará el interventor del respectivo contrato por escrito al ordenador del gasto, dejando constancia sobre esta situación y consignando algunos antecedentes y datos del contrato, tales como, garantías constituidas, balance financiero, penas pecuniarias, multas y obligaciones pendientes. Este informe será remitido a la Gerencia Jurídica para que sea ésta la que defina las actuaciones pertinentes».

³⁹«**Artículo 34.** Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

[...]

21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados. »

⁴⁰ « **Artículo 35.** Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

[...]

7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado. »

⁴¹ « **Artículo 48.** Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

[...]

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

⁴² Folio 339 Cuaderno segundo.

⁴⁵ Ff. 172 y s.s. Cuaderno principal.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

SEGUNDO: CONFIRMAR los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la providencia de 14 de febrero de 2012, mediante los cuales el Procurador Delegado Para La Moralidad Pública, declaró disciplinariamente responsable del cargo endilgado a los señores Edgar Antonio Ruiz Ruiz [...] en calidad de Gerente General y Ulises Julio Ibarra [...] en calidad de director de Contratación y Compras de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para la época de los hechos y les fue impuesta sanción consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL para el ejercicio de cargos y de funciones públicas por el término de doce (12) años, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
[...]».

3.4. Análisis de la Sala

3.4.1. Primer problema jurídico. ¿Ocurrió en este caso el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria?

98. Como ya se indicó en la parte histórica, la PGN sostuvo en la apelación que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no tuvo en cuenta que la falta disciplinaria por la cual se sancionó al demandante es de naturaleza continuada con lo cual no tuvo ocurrencia el citado fenómeno de la prescripción comoquiera que debió atenderse a la fecha de suscripción de la liquidación del contrato y no solo la suscripción del contrato.

99. Para el efecto, la Sala abordará el análisis del elemento de la responsabilidad disciplinaria relacionado con la tipicidad y a partir de allí realizará el juicio de adecuación de la conducta, el marco jurídico del fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria y lo contrastará con los elementos de prueba allegados.



3.4.1.1. De la tipicidad y el juicio de adecuación típica en materia disciplinaria

100. En lo que se refiere a la tipicidad, es pertinente señalar, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

101. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos⁴⁶.

⁴⁶ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

102. Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas.

103. En el *sub judice*, se tiene que en **el pliego de cargos** se le atribuyó al señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz, el siguiente cargo, por el cual se le sancionó en primera y segunda instancia:

«Participar en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público, al no disponer de la correspondiente justificación técnica y económica idónea para estipular un mayor precio de los ítems de obra Nos. 5.1, 5.3, 5.4, 5.6, 5.7, 5.9, 6.1, 6.2, 6.3, 6.5, 6.6, 8.15.1, 8.18.1, 23.4.1., en el contrato No. 1-01-25500-287-2006, que suscribió el 11 de agosto de 2006 con la UNIÓN TEMPORAL MINCIVIL S.A.- TOPCO S.A., cuyo objeto consistió en la continuación de la construcción de las obras para el control de crecientes de la Cuenca del río Tunjuelo, respecto a los precios fijados el 31 de julio de 2006 por el diseñador y asesor del mencionado proyecto (INGETEC), omisión (carencia de justificación técnica y económica) **que se prolongó durante la ejecución del contrato (25 de agosto de 2006 al 15 de septiembre de 2007) y hasta el momento en que el disciplinado aprobó la liquidación del aludido contrato el 30 de noviembre de 2007** guardando silencio al respecto, lo que provocó que las obras ejecutadas y pagadas al contratista durante la ejecución y con ocasión de la liquidación tuvieran un mayor costo de \$4.297'615.092.30, como se ilustra en el cuadro No. 1.»⁴⁷ (Negrilla de la Sala)



104. Acorde con el citado cargo se señaló que el señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz en su calidad de gerente de la EAAB contrarió⁴⁸ **el artículo 123⁴⁹ inciso 2.º de la Carta Política**. Esto porque:

«[...] transgredió, posiblemente la disposición inmediatamente anterior por falta de aplicación y violación directa, dado que es deber de todo servidor público cumplir con sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento, lo que se

⁴⁷ F. 15.

⁴⁸ Folios 335 y siguientes del cuaderno 3.º ibidem.

⁴⁹ «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

inobservó al no salvaguardar los recursos de la Empresa [...] con la omisión que se le reprocha».

105. Igualmente se dijo que desconoció el **art. 831⁵⁰ del Código de Comercio**, porque:

«[...] al estipular un mayor valor en los *items* de obra en el contrato, sin fundamento técnico y económico, provocó un sobre costo en el contrato, generando el menoscabo del patrimonio de la entidad contratante y consecuentemente un enriquecimiento sin justa causa del contratista a expensas de los recursos públicos [...] en virtud de que se reconoció y pagó un valor superior al contratista, en la medida en que se hizo caso omiso al presupuesto establecido por el diseñador y asesor del proyecto quien fue contratado precisamente para actualizar el precio del mismo, teniendo en cuenta que acreditaba experiencia en estudios, diseño, supervisión y asesoría en el campo de presas para diferentes tipos de proyectos, tanto a nivel nacional como internacional».

106. En cuanto al **art. 4.^o⁵¹ de la Ley 489 de 1998**, se indicó:

«[...] la función administrativa está al servicio del interés general lo que fue desatendido con la omisión que se le reprocha todo es que el mayor valor que causó en los trabajos objeto del contrato [...] se aleja del objetivo principal para el cual fueron instituidos los servidores públicos [...]».



107. En lo referente a la **Resolución 1016 de 2005 «Por la cual se adopta el Manual de Contratación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P.»**, en sus artículos 16 inciso 1⁵² y 25⁵³ la PGN indicó:

⁵⁰ «**ARTÍCULO 831. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.** Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.»

⁵¹ «**ARTICULO 4.- Finalidades de la función administrativa.** La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general».

⁵² «**ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. ADJUDICACIÓN.** La adjudicación del contrato se hará teniendo en cuenta los criterios expuestos en los términos de referencia o invitación de presentación de oferta, tales como: precio, plazo, cumplimiento en contratos anteriores, calidad del bien o servicio, capacidades técnicas, experiencia, organización y equipo de proveedores».

⁵³ «**ARTÍCULO VIGESIMO QUINTO.- FACULTAD DE INTERPRETACIÓN.** Las disposiciones del presente manual deberán ser interpretadas de manera integral y sistemática, en concordancia con las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Los eventos que no se encuentren previstos expresamente en el Manual se atenderán aplicando la regla que haya resuelto otro similar a partir de la vigencia del mismo. En todo caso, la actuación en el procedimiento de contratación estará regida por los principios de responsabilidad personal y economía, y orientada a obtener la optimización de los recursos de la Empresa. De todas formas, la facultad de interpretar la presente resolución, que adopta



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

«[...] el investigado pretendió posiblemente las disposiciones inmediatamente anteriores teniendo en cuenta que era su deber proteger y optimizar los recursos de la Empresa [...] con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato 287/06, etapas en las que intervino activamente, pero no lo hizo, pues sin fundamento alguno, estipuló discrecionalmente mayores valores en los ítems de obra cuestionados al momento de su celebración, lo que a la postre provocó que el proyecto tuviere un costo superior al establecido por el diseñador (INGETEC), en la medida en que fueron esos valores los utilizados para reconocer y liquidar las cantidades de obra ejecutadas por el contratista, ante el silencio del investigado en este aspecto durante las aludidas etapas contractuales».

108. En cuanto a la **Resolución 088 de 2007**, por la cual se **modificó el manual de contratación de la EAAB**, en su art. 11⁵⁴ la PGN indicó que el accionante:

«[...] aprobó la liquidación del contrato 287/06, reconociendo los mayores valores que estipuló para los ítems relacionados en el cargo, consolidando el mayor costo de las obras equivalentes a \$4.297'615.092.30, sin contar previamente con el fundamento técnico y económico que se lo permitiera y ante el silencio que guardó en este aspecto tanto en la ejecución como en la liquidación, no obstante, haber tenido la oportunidad de intervenir activamente en las mismas para atender asuntos relacionados con el desarrollo del proyecto.»



109. En cuanto a la **Ley 734 de 2002**, el pliego de cargos indicó que se desconoció el **art. 34 numeral 1.º**⁵⁵, porque «[...] desconoció el

el Manual de Contratación de la EAAB la tendrá la Gerencia jurídica con el acompañamiento de un asesor de la Gerencia General, designado por ésta.»

⁵⁴ «**ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO.** Modificar el artículo [vigésimo segundo](#) de la Resolución 1016 de 2005, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO SEGUNDO.- LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.** Los contratos de tracto sucesivo cuyo valor sea igual o superior a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y los demás que lo requieran se liquidarán de común acuerdo por las partes dentro del plazo fijado en cada contrato.

En el acta de liquidación se consignarán, entre otros, los ajustes y reconocimientos a que haya lugar, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Si no hubiere acuerdo para liquidar, así lo informará el interventor del respectivo contrato por escrito al ordenador del gasto, dejando constancia sobre esta situación y consignando algunos antecedentes y datos del contrato, tales como, garantías constituidas, balance financiero, penas pecuniarias, multas y obligaciones pendientes. Este informe será remitido a la Gerencia Jurídica para que sea ésta la que defina las actuaciones pertinentes».

⁵⁵« **Artículo 34.**Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.



disciplinado presuntamente estas normas que consagran los deberes que tenía que cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos de la entidad, así como el de proteger los dineros (bienes) pertenecientes al patrimonio de la entidad contratante, más aún, cuando el reglamento interno de contratación imponía la obligación de optimizar los recursos que se utilizaran (sic) en dicha actividad [...]».

110. Frente al **artículo 35 numeral 7.^o⁵⁶ *ibidem*** se indicó: «el investigado no tuvo en cuenta, al parecer, la disposición inmediatamente anterior, dado que sin disponer de fundamento técnico y económico alguno, **estipuló un mayor valor en los ítems de obra y permitió que fueron utilizados durante la ejecución y liquidación para reconocer las cantidades de obra realizadas por el contratista,** guardando silencio en este aspecto, ocasionando un mayor valor en el contrato y, consecuentemente, el menoscabo del patrimonio de la entidad contratante».

111. Finalmente le endilgó la **falta gravísima del art. 48 numeral 31⁵⁷ *ibidem***, aparte resaltado, consistente en «**Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público,** [...] » porque «[...] con el reproche que se le endilga originó un mayor costo de las obras ejecutadas por la Unión temporal MINCIVIL – TOPCO SA equivalente a \$4.297´615.092.30 asumido por el patrimonio de la entidad contratante, debido a que en el contrato se estipularon mayores precios de los ítems citados, desconociendo los establecidos por el diseñador y asesor del proyecto (INGETEC), sin disponer de justificación técnica y económica idónea para el efecto, omisión que se prolongó durante las etapas contractuales subsiguientes ante el silencio del disciplinable en este aspecto en particular, las que no le fueron ajenas dado que intervino activamente en las mismas para atender asuntos relacionados con el desarrollo del proyecto. »



[...]

21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados. »

⁵⁶ « **Artículo 35.** Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

[...]

7. Omitir, negar, retardar o entabrar el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado. »

⁵⁷ « **Artículo 48.** Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

[...]

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



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

112. Ahora bien, como se indicó en la parte histórica, en la sentencia de 11 de agosto de 2016 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, encontró probado uno de los argumentos de la demanda consistente en que en este caso se ejecutó una sanción disciplinaria prescrita, al considerar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

113. Para tal efecto el Tribunal **citó de manera parcial** el cargo endilgado al señor RUIZ RUIZ, y estableció que, como la falta disciplinaria era de naturaleza instantánea la PGN contaba con un término de 5 años para proferir la sanción disciplinaria, término que debía ser contado desde la **suscripción del contrato** No.01-25500-2872006 el 11 de agosto de 2006. Esto en los siguientes términos:

«Del contenido del material probatorio que reposa en el expediente en especial el auto de fecha 15 de octubre de 2010 y el fallo de primera instancia se advierte que uno de los cargos endilgados al actor y que finalmente prosperó fue « Participar en la actividad contractual con detrimento del patrimonio público, al no disponer de la correspondiente justificación técnica, ni económica idónea para estipular un mayor precio de los ítems de obra Nos. 5.1, 5.3, 5.4, 5.5, 5.7, 5.9, 6.1, 6.2, 6.3, 6.5, 6.6, 8.15, 8.18.1, y 23.4.1 en el contrato N° 1-01-25500-287-2006 suscribió el 11 de agosto de 2006 con la UNIÓN TEMPORAL MINICIVIL S.A.- TOPCO que S.A., cuyo objeto consistió en la continuación de la construcción de las obras para el control del río Tunjuelo, respecto a los precios fijados el 31 de julio de 2006, por el diseñador y asesor del mencionado proyecto (INGETEC) omisión (carencia de justificación técnica y económica)....».



Del análisis del precitado cargo se tiene, que la conducta que la administración le recriminó al investigado es la omisión o falta de cuidado en la celebración del contrato N° 1-01.25500- 287-2006 de fecha 11 de agosto de 2006, por la indebida justificación técnica y económica que generó un detrimento en el patrimonio público.

La omisión que originó los fallos disciplinarios se concretó en el quebrantamiento de un deber funcional en la suscripción del contrato entre la E.A.A.B y la unión temporal MINICIVIL S.A. TOPCO S.A., por el incremento de los valores en la construcción de la obra que regularía las crecientes del río Tunjuelito, debido a que el investigado prescindió de los precios entregados por la firma INGETEC, que fue contratada para actualizar las cantidades faltantes y los precios unitarios de las actividades.

En razón a lo expuesto y atendiendo que la actividad por la que se sancionó al demandante guarda relación directa con la suscripción del contrato de fecha 11 de agosto de 2006, encuentra la Sala que la conducta que originó esta controversia es instantánea, ya que el hecho generador de la sanción fue la celebración del contrato.
[...] ».

114. Luego de esto, indicó que no estaba de acuerdo con la PGN en cuanto a que la conducta fuera considerada de carácter permanente porque «la única conducta sancionada por la



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

Procuraduría General de la Nación fue el cargo primero referente a la participación en la actividad contractual con detrimento del patrimonio público, al no disponer de la correspondiente justificación técnica, ni económica idónea para estipular un mayor precio de algunos ítems del contrato[...] es decir, que la conducta que se sancionó hace referencia directa al cumplimiento de requisitos previos a la suscripción del contrato porque con la firma de dicho contrato se configuró la falta de justificación técnica y económica que **es una conducta instantánea [...]**» (Negrilla de la Sala).

115. Ahora bien, establecido lo anterior, es de señalar, que en este caso es aplicable el artículo 30, de la Ley 734 de 2002, previa la modificación introducida por la Ley 1474 de 2011⁵⁸, vigente al momento en que se formuló la queja disciplinaria al demandante el 15 de junio de 2007⁵⁹ y en aplicación de la Directiva 016 de 30 de noviembre de 2011, proferida por la Procuraduría General de la Nación donde indicó:

«**PRIMERO:** El artículo 132 de la ley 1474 de 2011, por medio de la cual se modifica el artículo 30 de la ley 734 de 2002, deberá aplicarse en materia de prescripción solamente respecto de los hechos ocurridos a partir del 12 de julio de 2011. En consecuencia, todos los procesos disciplinarios que a dicha fecha se encontraren en curso y aún aquellos que no se hubieren iniciado pero que se refieran a hechos anteriores a la expedición de la ley 1474, deberán regirse por el término prescriptivo de la acción disciplinaria, previsto en el artículo 30, original, de la ley 734 de 2002.»



116. En este sentido, el artículo 30, original, disponía:

«Artículo 30. Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.

⁵⁸ Esta norma fue modificada por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, y quedó de la siguiente manera:

«Artículo 132. Caducidad y prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique».

En todo caso, este artículo se declaró derogado, a partir del 1 de julio de 2019, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019.

⁵⁹ Folios 4 a 15 segundo cuaderno de los antecedentes administrativos.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 ~~y las del artículo 55 de este código.~~

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique [...]» (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 948 de 2002).

117. De acuerdo con la norma en cita, para determinar cuándo comienza a contabilizarse el término de prescripción debe establecerse si la falta disciplinaria es instantánea, permanente o continuada, aspecto sobre el cual vale la pena citar el análisis de la Corte Constitucional en sentencia T- 282A de 2012⁶⁰ donde indicó lo siguiente:

«6.3.1. Retomando la clasificación de las faltas, se reseña la postura establecida por la Procuraduría General de la Nación, institución que en el ejercicio de su control disciplinario prevalente, ha ordenado los tipos sancionatorios conforme “a las circunstancias modales y temporales en que se presentan, como de: i) Mera conducta, donde el comportamiento se adecua al incumplimiento simple y llano de la norma; ii) De resultado en las que se necesariamente se presenta un resultado o efecto naturalístico ; iii) Instantáneas cuando la realización del comportamiento descrito como ilícito se agota en un solo momento, es decir cuando se exterioriza la acción o la omisión y, iv) Permanente o continuada, cuando el comportamiento se prolonga en el tiempo, de manera que la consumación de la falta se prolonga o perdura entre tanto dure la conducta”⁶¹.

Igualmente, el ente de control ha manifestado que “la conducta se puede agotar con una única actividad que despliegue el autor en un solo momento o por el contrario, se suceda durante un periodo de tiempo y solo al cabo del mismo puede decirse que el hecho se ejecutó. En los delitos instantáneos la lesión del derecho ajeno se agota cuando se consuman, como ocurre con el homicidio. En los delitos permanentes o crónicos la lesión del derecho ajeno se prolonga durante todo el tiempo que dura la consumación, como en el secuestro, la detención arbitraria, etc. No debe confundirse el delito permanente con el delito instantáneo de efectos

⁶⁰ Con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶¹ Procuraduría General de la Nación, Dependencia: Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa; fallo del 20 de abril de 2007 Radicación N°: 038- 05956-04. Disciplinado: Luís Enrique Rosales Rocha; Cargo y Entidad: Coordinador Fondo de Prestaciones del Magisterio del Departamento de Guainía. Quejoso: Informe Servidor Público. Fecha de Queja: Agosto 24 de 2004. Fecha hechos: Octubre 29 de 2003; Asunto: Providencia por medio de la cual se modifica un fallo sancionatorio de primera instancia. (Artículo 171 de la ley 734 de 2.002)





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

permanentes (que algunos llaman sucesivo). En el primero lo que se prolonga no es el efecto del delito sino el estado de la consumación. En el segundo la consumación es instantánea pero los efectos son más o menos largos. La clasificación anterior tiene importancia para determinar el momento en que principia a correr el término para la Prescripción de la acción penal. En los delitos permanentes el término de la prescripción penal principia a contarse el día en que termina el estado de consumación. En cambio si el delito es instantáneo, pero de efectos permanentes, el término de prescripción corre desde el día de la consumación.”⁶²(subrayado por fuera del texto original)».

118. En este caso el deber infringido atribuido al señor Ruiz Ruiz fue «Participar en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público, al no disponer de la correspondiente justificación técnica y económica idónea para estipular un mayor precio de los ítems de obra Nos. 5.1, 5.3, 5.4, 5.6, 5.7, 5.9, 6.1, 6.2, 6.3, 6.5, 6.6, 8.15.1, 8.18.1, 23.4.1., en el contrato No. 1-01-25500-287-2006, que suscribió el 11 de agosto de 2006 con la UNIÓN TEMPORAL MINCIVIL S.A.- TOPCO S.A., cuyo objeto consistió en la continuación de la construcción de las obras para el control de crecientes de la Cuenca del río Tunjuelo, respecto a los precios fijados el 31 de julio de 2006 por el diseñador y asesor del mencionado proyecto (INGETEC), omisión (carencia de justificación técnica y económica) **que se prolongó durante la ejecución del contrato (25 de agosto de 2006 al 15 de septiembre de 2007) y hasta el momento en que el disciplinado aprobó la liquidación del aludido contrato el 30 de noviembre de 2007** guardando silencio al respecto, lo que provocó que las obras ejecutadas y pagadas al contratista durante la ejecución y con ocasión de la liquidación tuvieran un mayor costo de \$4.297´615.092.30, como se ilustra en el cuadro No. 1.»⁶³ (Negrilla de la Sala).



119. Por dicho cargo fue que se le sancionó disciplinariamente por parte de la Procuraduría General de la Nación el 14 de febrero de 2012, al advertir que los *ítems* de obra 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. fueron contratados, ejecutados, y pagados al contratista con un sobre costo mayor al establecido por la firma INGETEC S.A., decisión que fuera confirmada en segunda instancia.

120. Como se advierte de lo anterior, es apenas evidente que el análisis del Tribunal no se ocupó de analizar en su integridad el primer cargo endilgado al señor Ruiz Ruiz.

⁶² Despacho de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios María Leonor Rueda Rueda, Bogotá, D.C., 17 de Julio de 2006 respuesta a consulta PAD C-214-06.

⁶³ F. 15.



121. En efecto, salta de bulto, que inclusive sólo se refirió a la primera parte de éste, omitiendo, aquel aparte del pliego de cargos donde señala que «[...] **que se prolongó durante la ejecución del contrato (25 de agosto de 2006 al 15 de septiembre de 2007) y hasta el momento en que el disciplinado aprobó la liquidación del aludido contrato el 30 de noviembre de 2007** guardando silencio al respecto, lo que provocó que las obras ejecutadas y pagadas al contratista durante la ejecución y con ocasión de la liquidación tuvieran un mayor costo de \$4.297'615.092.30, como se ilustra en el cuadro No. 1.»

122. Adicionalmente, el Tribunal pasó de largo sobre cada de una de las situaciones señaladas en el pliego de cargos, que fueron relacionadas por la Procuraduría General de la Nación, frente a cada de una de las normas cuyo desconocimiento se le atribuyó al señor Ruiz Ruiz y donde de forma reiterada se hizo referencia a que **la incursión en la falta disciplinaria ocurrió durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato, que imponían examinar la actividad contractual del gerente general de la EAAB durante todo el desarrollo del contrato hasta su liquidación, tal como se puntualizó en precedencia.**

123. En efecto, en la citada providencia de formulación de cargos se hizo alusión a la **celebración del contrato, ejecución y liquidación de éste** cuando se indicó:

«[...] el cargo que se le endilgó [...] comprende no sólo la omisión en que incurrió en la celebración del contrato, al estipular mayores precios sin contar con la respectiva justificación técnica y económica, entorno a los ítems sobre los que descansa el reproche disciplinario, sino que censura esta omisión en las etapas contractuales subsiguientes que no fueron ajenas al disciplinado toda vez que intervino activamente en la ejecución (al variar las condiciones iniciales en 2 ocasiones, a través de las modificaciones Nos. 01 de 25 de abril y 02 del 9 de agosto de 2007) y en la liquidación aprobándola con los sobrepuestos detectados en los ítems cuestionados, No obstante, nada hizo para corregir esta situación, habiendo tenido la oportunidad de efectuarlo como lo realizó en con otros aspectos de la contratación en los que participó acuciosamente y que también se relacionaban con el desarrollo del proyecto, en otras palabras guardó silencio sobre el particular [...]»⁶⁴.

124. Como se advierte no fue acertada la tesis del Tribunal comoquiera que desde el mismo pliego de cargos se advirtió al demandante que se investigaría su actividad contractual desplegada frente al contrato No. 01-25500-2872006 de 11 de

⁶⁴ Folio 335 cuaderno 3 del expediente disciplinario.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

agosto de 2006 frente a los sobrecostos de los *ítems* mencionados, que finalmente fueron pagados al contratista, escenario en el que se despliega una **conducta de carácter permanente**, por lo que la prescripción se cuenta desde la realización del último acto, como fue la suscripción del acta de liquidación del contrato.

125. Ahora bien, en vigencia del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009, indicó que la sanción disciplinaria se impone y, en consecuencia, se interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con la expedición y notificación del fallo que resuelva los recursos de la vía gubernativa.

126. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sus dos subsecciones, ha aplicado dicha tesis, tanto por la Subsección A, en sentencia de 13 de febrero de 2014⁶⁵, así como por la Subsección B en sentencia de 28 de julio de 2014⁶⁶ donde señaló que, dentro del mencionado plazo, para que no opere la prescripción, la autoridad disciplinaria sólo debe proferir y notificar el acto administrativo principal y no los que resuelven los recursos interpuestos contra este.

127. Igualmente la Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de **30 de junio de 2016**⁶⁷, nuevamente se pronunció en cuanto a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria consagrada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002; en esta oportunidad la Sala reiteró que la autoridad disciplinaria impone la sanción e interrumpe el término de la prescripción **con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con el que resuelve los recursos interpuestos contra éste.**

128. De acuerdo con esto es válido concluir que la tesis vigente en materia de prescripción de la acción disciplinaria es la contenida en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 13 de febrero de 2014. Expediente 250002325000200700582 02. Actor: Eugenio Tercero Gil Gil.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E). Sentencia de 28 de julio 2014. Expediente N° 11001-03-25-000-2011-00365-00. Interno 13/7-2011. Actor: Jorge Aurelio Noguera Cotes.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 30 de junio de 2016. Radicación 11001 03 25 000 2011 00170 00 (0583-11). Actor: Sabas Pretelt de La Vega.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

Administrativo del Consejo de Estado, según la cual, dentro del término de los 5 años establecido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la autoridad disciplinaria competente sólo debe proferir y notificar el acto principal, esto es el fallo de primera o única instancia, con el cual se interrumpe el término de prescripción.

129. Por esto, como el acto de consumación de la falta disciplinaria se produjo el **30 de noviembre de 2007** cuando se suscribió el acta de liquidación del contrato de forma bilateral⁶⁸, no operó el fenómeno de la prescripción establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, toda vez que la decisión sancionatoria de la Procuraduría Delegada la Moralidad Administrativa, a través de la cual, se declaró disciplinariamente responsable al señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz, fue proferida el **14 de febrero de 2002** y notificada por edicto que se desfijó el **1.º de marzo de 2012**⁶⁹, es decir, antes de la ocurrencia de los cinco años que señala la norma en mención.

130. Por tanto, no le asistió razón al Tribunal Administrativo, que al proferir sentencia el **11 de agosto de 2016**⁷⁰ desconoció los lineamientos que, para determinar la prescripción de la acción disciplinaria, dispuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 2009, razón que impone revocar la decisión del Tribunal, desechar el cargo de anulación referente a la «**Violación de los artículos 29, numeral 2.º y 30 de la Ley 734 de 2002**» y asumir el estudio del siguiente interrogante problema jurídico, como sigue a continuación.

3.4.2. Segundo problema jurídico. ¿La PGN, al expedir los actos sancionatorios incurrió en falsa motivación toda vez no atendió que la Contraloría General de la República determinó que por esos hechos no ocurrió detrimento patrimonial?

131. Para este cargo, la parte demandante señaló que no se podía aplicar el artículo 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, para señalar que el actor participó con detrimento del patrimonio público al no disponer de la correspondiente justificación técnica ni económica para estipular un mayor precio de los *ítems* de obra 5.1., 5.3., 5.4., 5.6., 5.9., 6.1., 6.2., 6.3., 6.5., 6.6., 8.15.1., 8.18.1., y 23.4.1. en el contrato de 11 de agosto de 2006 con la Unión Temporal MINCIVIL TOPCO SA, respeto de los precios fijados el 31 de julio de 2006 por INGETEC, esto, porque la PGN no podía

⁶⁸ Folios 113 a 200 Anexo 7

⁶⁹ Folio 2041 cuaderno 9 del expediente disciplinario.

⁷⁰ Ff. 370 y s.s. Cuaderno principal 1





determinar un detrimento patrimonial por su cuenta, ignorando la especialización funcional de la Contraloría General de la Nación.

132. El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó⁷¹:

«Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]».

133. En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la categoría de la tipicidad, pues es en este elemento de la estructura de la responsabilidad en donde converge la imputación fáctica con la imputación jurídica, cuestión que permitirá no solo saber si la falta es gravísima, grave o leve⁷², sino determinar con toda claridad si la conducta se adecuó o no al respectivo tipo disciplinario. En síntesis, la falsa motivación en materia disciplinaria se puede dar, entre otros eventos, por una defectuosa imputación típica, lo que implicaría desconocer, al mismo tiempo, el principio de legalidad⁷³.

134. Así entonces, para analizar este cargo, es menester referirse a la estructura de la responsabilidad disciplinaria, el tipo disciplinario endilgado y el juicio de adecuación típica, como sigue a continuación:

3.4.2.1. Estructura de responsabilidad disciplinaria y el juicio de adecuación típica en materia disciplinaria.

135. Tal como lo ha señalado esta Subsección⁷⁴, la estructura de la responsabilidad disciplinaria se comprende cuando un sujeto,

⁷¹ Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 17 de marzo de 2016, proceso radicado 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12).

⁷² Artículo 42 de la Ley 734 de 2002.

⁷³ Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda, de 24 de octubre de 2019, 11001-03-25-000-2010-00264-00(2217-10), con ponencia del consejero Dr. William Hernández Gómez

⁷⁴ Sentencia de 7 de mayo de dos mil veinte (2020), radicación 15001-23-33-000-2014-00514-01(2888-19), con ponencia del consejero Dr. William Hernández Gómez.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

servidor público o particular que ejerce funciones públicas, plenamente capaz, comete una conducta, por acción u omisión, que resulta ser típica —falta gravísima, grave o leve—, sustancialmente ilícita —afectación del deber funcional, sin justificación alguna—, que sea realizada con culpabilidad —culpabilidad psicológica: dolo o culpa; y culpabilidad normativa: exigibilidad de una conducta diferente— y que no esté presente alguna causal de exclusión de responsabilidad.

136. En cuanto al proceso de subsunción típica de la conducta de quien es sometido a un proceso administrativo disciplinario, se tiene que este constituye uno de los componentes de la legalidad de las actuaciones de la autoridad disciplinaria, pues se encamina a establecer si una determinada situación fáctica encuadra dentro de los presupuestos señalados en la ley. Se ha considerado, entonces, como uno de los presupuestos indispensables en el proceso de aplicación de la ley, cuya indebida realización impide la estructuración de un acto administrativo sancionatorio ajustado a derecho⁷⁵:

«El proceso de subsunción típica —o adecuación típica- de la conducta, entendido como la secuencia lógica expresa de razonamiento jurídico encaminada a determinar si una determinada realidad fáctica encuadra bajo las definiciones y prescripciones establecidas en la ley escrita, es una de las piezas indispensables de todo acto que manifieste el poder represor del Estado, y por lo mismo uno de los pre-requisitos necesarios de la legalidad y juridicidad de toda sanción. En la asociación expresa y razonada entre la norma y el hecho, en el encaje motivado de la realidad bajo las definiciones y conceptos de la legislación, radica también una de las garantías centrales del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, ya que es en dicho proceso de subsunción típica expresa de la conducta que el Estado le señala al procesado y a la sociedad, elemento por elemento, porque su comportamiento violó la ley. La subsunción típica es, en suma, uno de los pasos indispensables en el proceso de aplicación de la ley, cuya omisión o indebida realización impiden la estructuración de un acto jurídico sancionatorio conforme a Derecho y le hacen derivar en una vía de hecho de la autoridad.

[...]

La obligatoriedad de realizar un proceso de subsunción típica en cada proceso disciplinario encuentra una consagración legal en el artículo 4 del CDU, de conformidad con el cual “[e]l servidor público y el



⁷⁵ Así lo expresó la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación en la sentencia de 26 de marzo de 2014, radicación número: 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13), Demandante: Fabio Alonso Salazar Jaramillo, demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

También puede verse la sentencia de 4 de octubre de 2018, radicado número: 11001-03-25-000-2012-00030-00(0135-12), Demandante: Esneyder Alejandro Parrado Agudelo, demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Magistrado Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

particular en los casos previstos en este Código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por **comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente** al momento de su realización” [subraya la Sala]. La expresión resaltada implica que el operador disciplinario debe determinar expresamente en cada caso si el comportamiento investigado, tal y como haya quedado demostrado, se adecua efectivamente a la descripción típica contenida en la ley que se le va a aplicar»⁷⁶.

137. En el *sub judice*, se advierte que dentro del proceso disciplinario la conducta atribuida en el pliego de cargos y por la cual se le sancionó en el proceso disciplinario es la falta disciplinaria gravísima contemplada en el **art. 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002**⁷⁷, aparte resaltado, consistente en:

« **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
[...]

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

138. Ahora bien, el aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-818 de 2005, «[...] en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios [...]». Esta decisión se adoptó en atención a los principios de legalidad y reserva de ley que deben observarse en los procesos disciplinarios.

139. En el presente caso la Procuraduría General de la Nación encausó la falta disciplinaria en relación con la primera parte de la norma citada resaltada en negrillas, para lo cual describió la conducta objeto de reproche referente al incumplimiento de los deberes que le asistían al demandante como ordenador del gasto, relacionados con la suscripción de un contrato con sobrecostos,

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de marzo de 2014, radicación número: 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13), Demandante: Fabio Alonso Salazar Jaramillo, demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷⁷ « **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
[...]

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





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

frente a los precios que habían sido actualizados por INGETEC SA y además porque suscribió dos modificaciones al contrato y el acta de liquidación bilateral sin que hubiese tomado alguna decisión frente a los altos precios que se fijaron en los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1., esto, sin justificación técnica y económica idónea para el efecto, omisión que se prolongó durante las etapas contractuales subsiguientes con el silencio del disciplinable en este aspecto en particular.

140. De la norma en cita se advierte que el **Verbo rector es** «participar en »⁷⁸ Cuyo significado es:

- «1. intr. Dicho de una persona: Tomar parte en algo.
2. intr. Recibir una parte de algo.
3. intr. Compartir, tener las mismas opiniones, ideas, etc., que otra persona. *Participa de sus pareceres.*
4. intr. Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos.
5. tr. Dar parte, noticiar, comunicar.

141. Ahora bien, como ya se dijo, en este caso se indicó que el demandante faltó a sus deberes durante la celebración del contrato, ejecución y liquidación de éste cuando se indicó:



«[...] el cargo que se le endilgó [...] comprende no sólo la omisión en que incurrió en la celebración del contrato, al estipular mayores precios sin contar con la respectiva justificación técnica y económica, entorno a los ítems sobre los que descansa el reproche disciplinario, sino que censura esta omisión en las etapas contractuales subsiguientes que no fueron ajenas al disciplinado toda vez que intervino activamente en la ejecución (al variar las condiciones iniciales en 2 ocasiones, a través de las modificaciones Nos. 01 de 25 de abril y 02 del 9 de agosto de 2007) y en la liquidación aprobándola con los sobrepagos detectados en los ítems cuestionados, No obstante, nada hizo para corregir esta situación, habiendo tenido la oportunidad de efectuarlo como lo realizó con otros aspectos de la contratación en los que participó acuciosamente y que también se relacionaban con el desarrollo del proyecto, en otras palabras guardó silencio sobre el particular »⁷⁹.

142. En este punto, debe recordarse que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá⁸⁰ es una empresa industrial y comercial del Estado, del nivel distrital, que presta los servicios de acueducto y alcantarillado sanitario y pluvial a la ciudad de Bogotá y el régimen jurídico aplicable es el de derecho privado excepto en los

⁷⁸ <https://dle.rae.es/participar>

⁷⁹ Folio 335 cuaderno 3 del expediente disciplinario.

⁸⁰ <https://www.acueducto.com.co/wps/portal/EAB2/Home/la-empresa>



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

casos previstos en la Ley 142 de 1994 y las normas contenidas en sus propios estatutos. Para la época de los hechos se encontraba vigente la Resolución 1016 de 2005, Manual de Contratación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P.

143. Es por esto que la PGN citó como desconocidos los artículos 16 y 25⁸¹ de la Resolución 1016 de 2005 de la EAAB, manual de contratación de la entidad vigente para la época de los hechos.

144. Ahora bien, frente a este cargo, el demandante no cuestiona su condición de sujeto activo de la conducta, ni que los *ítems* relacionados en los numerales 5.7., 8.15.1 y 8.18.1 hayan presentado un sobrecosto frente a los precios suministrados y actualizados por INGETEC S.A., sino que básicamente su tesis consiste en que, como la Contraloría General de la República, no encontró detrimento patrimonial alguno dentro de la investigación fiscal que adelantó, no podía la PGN señalar que aquel sí existió.

145. Al respecto advierte la Sala que no le asiste razón al demandante por los siguientes motivos:

146. Tal como lo aclaró la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 1522 de 4 de agosto de 2003⁸² el marco de la responsabilidad de los servidores públicos es amplio y se encuentra consagrado en el artículo 6° constitucional, según el cual los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus



⁸¹ «**ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. ADJUDICACIÓN.** La adjudicación del contrato se hará teniendo en cuenta los criterios expuestos en los términos de referencia o invitación de presentación de oferta, tales como: precio, plazo, cumplimiento en contratos anteriores, calidad del bien o servicio, capacidades técnicas, experiencia, organización y equipo de proveedores.

La adjudicación se informará a todos los participantes dentro de los plazos previstos en los términos de referencia. Esta información será publicada en la página WEB de la EAAB.

De no suscribirse el contrato con el proveedor seleccionado, podrá celebrarse con el siguiente mejor calificado o, en su defecto, con el que lo suceda en el orden de calificación correspondiente, cuando así lo considere el facultado para contratar.

ARTÍCULO VIGÉSIMO QUINTO.- FACULTAD DE INTERPRETACIÓN. Las disposiciones del presente manual deberán ser interpretadas de manera integral y sistemática, en concordancia con las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Los eventos que no se encuentren previstos expresamente en el Manual se atenderán aplicando la regla que haya resuelto otro similar a partir de la vigencia del mismo. En todo caso, la actuación en el procedimiento de contratación estará regida por los principios de responsabilidad personal y economía, y orientada a obtener la optimización de los recursos de la Empresa. De todas formas, la facultad de interpretar la presente resolución, que adopta el Manual de Contratación de la EAAB la tendrá la Gerencia jurídica con el acompañamiento de un asesor de la Gerencia General, designado por ésta.»

⁸² Con ponencia del consejero Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

atribuciones. Esto a efectos de evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público, el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren.

147. Por tanto, el desconocimiento, culposo o doloso, de estas obligaciones, al desbordar el ordenamiento jurídico, puede generar responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria.

148. Dentro de este marco, una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad⁸³: la fiscal, derivada del ejercicio de esta actividad - gestión fiscal - que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la Ley 610 de 2000⁸⁴, o la no fiscal - eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal -, la cual se concreta por la comisión de conductas punibles investigadas y sancionadas dentro del proceso penal. Sin perjuicio de lo anterior, toda conducta relacionada con el posible detrimento de los bienes públicos puede originar acción disciplinaria o penal, en el primer caso no procede el resarcimiento directo de perjuicios.

149. Ahora bien, específicamente el proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5.º del artículo 268 de la Carta Política, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6º C.P.).

150. La Corte Constitucional en sentencia C-338 del 4 de junio de 2014 destacó la importancia que tiene dentro de la función del

⁸³ Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C 832 de 2002, precisó : “Resulta evidente además que el legislador en este caso no tomó en cuanto al expedir la norma acusada que en la medida en que la acción penal y la acción fiscal responden a objetivos diferentes y que los bienes jurídicos protegidos en cada caso son distintos, bien puede suceder que ante los mismos hechos, el resultado en cada caso de los procesos que se inicien sea diferente, sin que, como lo recuerda acertadamente el señor Fiscal General de la Nación, ello signifique la vulneración de la ley o que se pueda presumir que los responsables de cada proceso hayan obrado en contra de la misma.”

⁸⁴ « Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías ».





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

control fiscal, el proceso de responsabilidad fiscal, **su finalidad resarcitoria para recuperar la suma equivalente al detrimento o al daño patrimonial** del Estado debido a un comportamiento irregular de un servidor público o un particular que maneja fondos públicos, y sus características.

«Según lo ha destacado este Tribunal, el control fiscal se desarrolla en dos momentos: i) uno que comprende la función de vigilancia de la gestión que realicen de los bienes públicos los servidores y los particulares; y ii) eventualmente, como resultado de esa labor de vigilancia, el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal, el cual se orienta, tal y como lo ha dicho la Corte, a *“obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa”*⁸⁵.

El segundo paso, esto es, la exigencia de responsabilidad fiscal encuentra fundamento en el artículo 268 de la Constitución, de acuerdo con el cual corresponde a las contralorías en los distintos niveles territoriales *“establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”*.

Esta responsabilidad tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos.

Con base en el régimen jurídico vigente en cada momento, se han establecido una serie de características predicables de esta forma de responsabilidad. En la jurisprudencia constitucional se ha expresado que la responsabilidad fiscal i) es de naturaleza administrativa; ii) es determinada a partir de un proceso de esta misma naturaleza, es decir, un proceso administrativo; iii) no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, pues busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir⁸⁶; y iv) en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal⁸⁷.

Características que se han reiterado de forma constante por la jurisprudencia de esta corporación⁸⁸.»

151. En síntesis, el proceso de responsabilidad fiscal se orienta a determinar si hubo o no detrimento patrimonial del Estado y si la persona o las personas investigadas son o no responsables

⁸⁵ Sentencia SU-620 de 1996.

⁸⁶ Sentencia C-382 de 2008.

⁸⁷ Sentencias Su-620 de 1996, C-382 de 2008 y C-512 de 2013.

⁸⁸ Entre otras, sentencias C-619 de 2002; C-382 de 2008 y C-512 de 2013.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

fiscales, de modo que, si el funcionario competente del órgano de control fiscal les dicta fallo con responsabilidad fiscal, el mismo órgano debe realizar todas las gestiones y procedimientos necesarios para lograr el pago total de la suma fijada en el fallo y de esta forma, conseguir el resarcimiento integral del detrimento sufrido por el patrimonio público.

152. La Sala precisa, que la responsabilidad fiscal, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2007, no tiene carácter sancionatorio, ni penal; tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, por lo que cada proceso trae consigo consecuencias diferentes.

153. Ahora bien, la Corte Constitucional ha precisado las distinciones entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad disciplinaria. Sobre este aspecto, en la sentencia C-484 de 2000⁸⁹, se dijo:

«Esta Corporación tampoco encuentra que la existencia de multas y amonestaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, vulneran el principio del *non bis in idem* en relación con las sanciones disciplinarias de los mismos nombres, pues como lo ha dicho en varias oportunidades esta Corte, sólo es posible predicar la vulneración del artículo 29 superior cuando dos sanciones consagran “identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación”. Pues bien, la multa sancionatoria en el proceso de responsabilidad fiscal pretende resarcir el daño causado al erario público, mientras que la multa en el proceso disciplinario se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable. Así mismo, la multa y la amonestación como medidas correccionales en el proceso fiscal, no tienen la misma naturaleza que las sanciones disciplinarias del mismo nombre, como quiera que, estas últimas, son impuestas como consecuencia del incumplimiento de los deberes propios del servidor público y, las primeras facilitan el ejercicio de la vigilancia fiscal. De igual manera, las medidas comparadas no tienen el mismo objeto, ya que las primeras pretenden sancionar una conducta reprochable disciplinariamente y, las segundas, buscan garantizar la eficiencia y eficacia del control fiscal».



154. De otra parte, en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas⁹⁰.

⁸⁹ Con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁰ Sentencia C- 373 de 2002.



155. Finalmente es de citar al tratadista Mauricio Rodríguez Tamayo⁹¹ cuando señaló que «[...] aquel servidor público que fue investigado por un presunto detrimento patrimonial causado por una actuación contractual suya, que más tarde resulta exonerado por una decisión administrativa dictada por un órgano de control fiscal – contraloría o auditoría-, no por ello podrá alegar que debe ser absuelto automáticamente en sede disciplinaria por esa determinación. Ahora, lo que sí debemos reconocer, es que el auto que archiva o el fallo sin responsabilidad fiscal, será una prueba especial, significativa y calificada sobre la inexistencia de daño patrimonial que el operador disciplinario no podrá debilitar o superar fácilmente, si considera que debe continuar con el trámite de la investigación- pues en ese caso tendrá una carga argumentativa y deberá demostrar que sí lo hubo».

3.4.2.2. Análisis del cargo.

156. En este caso, la Contraloría General de la República, a través de los autos de **19 de octubre de 2011** proferido por el subdirector del proceso de responsabilidad fiscal y de **8 de febrero de 2012**, dictado por la directora de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva profirieron «fallo sin responsabilidad fiscal» dentro del proceso adelantado con el No. 170100-0091-09 frente al demandante y, los señores Mónica Pérez Valcárcel y Ulises Julio Ibarra Daza. No obra en el proceso constancia de su notificación.



157. Ahora bien, aprecia esta Sala que en las citadas decisiones, la Contraloría General de la República analizó con bastante detalle las **modificaciones a las cantidades de obras** que surgieron frente al contrato de 11 de agosto de 2006 suscrito entre la EAAB y la UT MINCIVIL SA – TOPCO SA, y con ello, examinó los dos ajustes que se le realizaron, con base en las pruebas aportadas, entre ellas, un dictamen pericial de un ingeniero miembro de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, del cual concluyó que sí se encontraban justificadas las adiciones 1 y 2 del contrato 2847 de 2006.

158. Sin embargo, en cuanto al **aumento de precios**, el análisis de la Contraloría solamente se refirió en detalle al caso del aumento del precio de materiales de filtro (arena y grava y los gastos de transporte), así como su influencia en el aumento del *item* «rellenos de la presa»; tal como se aprecia a folios 2107 a 2110⁹². Esto cuando señaló:

⁹¹ Derecho disciplinario de la contratación estatal. Editorial Legis, Primera Edición 2020. Página 197.

⁹² Cuaderno 9 ibidem



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

2011
En el segundo contrato (287 de 2006) frente al ítem del capítulo 5 "Rellenos de la presa", según el informe de la Sociedad Colombiana, el mayor valor del proyecto se debe a mayores cantidades de materiales sobre todo en el relleno de la presa y particularmente en la cimentación, así mismo, al aumento de los precios unitarios de algunos ítems de obra como es el caso de las arenas para filtros, el cual obedece a:

- Desde un principio, con el contrato No. 726 de 2004, se pronosticó que los materiales de filtro iban a obtenerse del procesamiento de materiales en la planta de trituración que el contratista estaba obligado a instalar en la obra y provendrían de los materiales aluviales del Río Tunjuelo existentes en el área del proyecto propiedad de la EAAB.
- Como el contratista COT no logró poner a punto la planta trituradora, esta actividad de consecución de los materiales de filtro se atrasó de manera importante, tanto que el manejo de los riesgos tendría que ser cambiado en su filosofía por un canal extra, ya que sin la disponibilidad del material de filtro no se podía construir el blanket que es la base de la contraataquia que era clave para el manejo de riesgos.
- El diseñador, Asesor, la Interventoría y la EAAB, establecen una nueva contratación, la condición de que el contratista tiene que tener para empezar la obra, los materiales de filtro disponibles en una cantidad mínima de 40.000 m³ para poder construir el blanket de una manera ágil y por lo tanto avanzar de inmediato el cuerpo de la presa. Esta condición, automáticamente significa que las arenas para los filtros deben ser conseguidas de fuentes comerciales por fuera del terreno del proyecto propiedad de la EAAB, en canteras comerciales o acopios comerciales.
- Los precios de las arenas para filtros fueron evaluadas en el 2004, por Ingetec en 60.254/m³. En agosto de 2006, las cotizaciones de fuentes comerciales fluctuaron entre 78.848 y 102.148 \$/m³.
- El precio para del Consorcio Obras Tunjuelo (COT) para las arenas fue de \$43.788 \$/m³, con el cual no pudo cumplir para el suministro de fuentes externas, y fue uno de los factores determinantes en el fracaso del contrato 726 de 2004.
- Ingetec S.A., actualiza el precio del material 2^a a \$66.683/m³ para el 2006, y lo presenta a la consideración de la EAAB, que a su vez lo fija



159. Luego de dicho análisis arribó a las siguientes conclusiones:

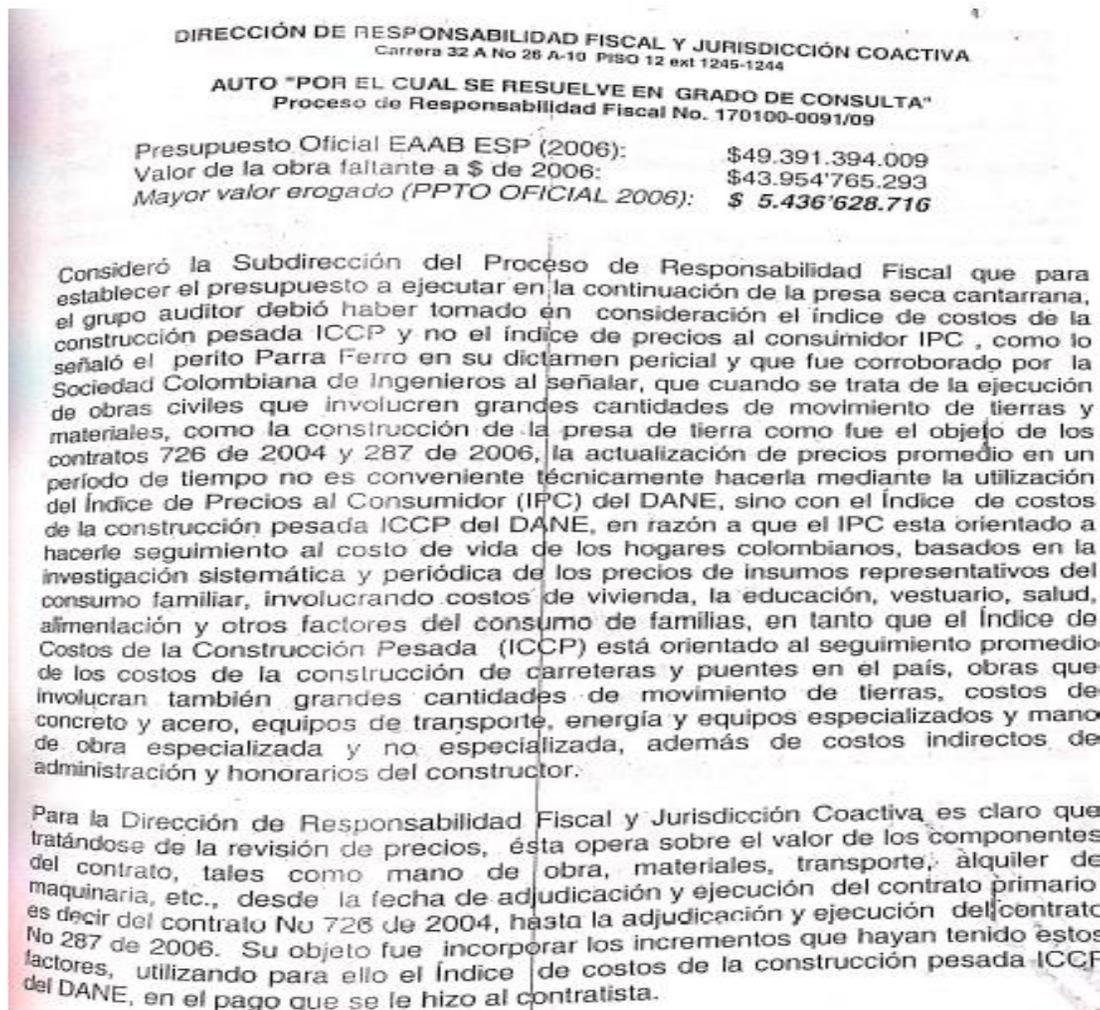
- En el contrato investigado no se causó daño a las arcas del Distrito por cuanto si bien es cierto se ejecutaron mayores cantidades de obra debido a que los diseños de la presa fueron ajustados y modificados, siendo normal en este tipo de obras y también lo es que estas mayores cantidades de obra fueron aprobadas tanto por la interventoría como por él como por la Empresa.
- Los incrementos de las cantidades de obra se dieron en el componente «rellenos de la presa», en el cual el primer contratista sólo ejecutó un 13.9% correspondiendo al segundo contratista ejecutar el porcentaje faltante, por tanto esos rellenos correspondieron al 30,33% del total de los costos generados en el contrato y además el segundo contratista tuvo en cuenta el costo del transporte de los agregados ya que estos materiales deberían ser obtenidos en sitios comerciales lo que hizo que el valor de los rellenos de la presa tuvieran un incremento considerable respecto de la primera contratación.
- Luego estimó que los materiales de relleno ofertados por el primer contratista fueron muy bajos por cuanto no incluyó los costos de transporte del material.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

160. De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala, que en el proveído de 11 de octubre de 2011 la Contraloría General de la República no efectuó ningún análisis en cuanto a los sobrecostos de los ítems 5.7., 8.15.1, y 8.18.1. ni explicó si el sobrecosto de los materiales de filtrado tuvo alguna incidencia en los citados *ítems*

161. Como ya se indicó, la citada decisión de la Contraloría General de la República absolvió de responsabilidad fiscal por los hechos investigados, entre otros, al señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz y tales consideraciones fueron avaladas al surtirse el grado de consulta a través del auto de 8 de febrero de 2012 donde la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría concluyó lo siguiente⁹³:



162. Como se aprecia de todo lo anterior, la decisión de 8 de febrero de 2012 de la Contraloría General de la República fue proferida pocos días antes de dictarse la decisión disciplinaria de primera

⁹³ Folios 2122 Cuaderno 9 *ibidem*.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

instancia (14 de febrero de 2012), sin que se haya aportado al proceso constancia de su notificación y ejecutoria y por tanto, sin que se haya probado que la PGN tuviese conocimiento de la misma. Aunque se reitera la responsabilidad es autónoma e independiente de la responsabilidad fiscal.

163. Ahora bien, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo disciplinario de 14 de febrero de 2012, para lo cual aportó copia de las citadas actuaciones de la Contraloría General de la República⁹⁴, por lo que, en la decisión de 22 de junio de 2012, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación estimó frente a este aspecto lo siguiente:

- Existe suficiente claridad sobre que, al ser las acciones fiscales, penal y disciplinarias distintas, con diferentes objetos y bienes jurídicos tutelados diversos, éstas no conducen a resultados idénticos.

- En el presente asunto se adoptaron decisiones disciplinarias en primera instancia basadas en las pruebas arrojadas al proceso disciplinario sin que haya transgresión alguna pese al desenlace diverso.

- Revisado el fallo fiscal se encuentran apartes en los cuales se encuentra afinidad con lo probado por la PGN «como cuando el perito evaluador afirmó que los estudios y diseños del proyecto fueron detallados, pero que eso no significa que las calidades de obra no varíen, como en efecto se hizo durante la ejecución del contrato y sus dos modificaciones, al igual que se coincide en la forma del estudio del costo del contrato relacionando el valor de los precios unitarios *ítem* por *ítem*; sin embargo no así en las perspectivas analizadas ya que el fallo fiscal basa su decisión en las mayores cantidades de valores unitarios de los ítems, haciendo claridad que esta apreciación no significa juicio de valor sobre la decisión de ese ente de control fiscal que como ya se dijo, define acciones distintas a las disciplinarias y que por lo tanto los resultados de las mismas no atan al juez disciplinario para su decisión»⁹⁵.

164. Así las cosas, es evidente que en segunda instancia la Procuraduría General de la Nación sí analizó las decisiones que absolvieron de responsabilidad fiscal al demandante, que fueron

⁹⁴ Como se aprecia a folios 2037 y s.s. del cuaderno 9 del expediente disciplinario.

⁹⁵ Folio 2175 del cuaderno 9 del expediente administrativo, Foliatura superior derecha, en color negro.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

dictadas por la Contraloría General de la República y en ese sentido estimó que disentía de las conclusiones finales a las cuales ésta arribó.

165. Esto, comoquiera que el análisis del órgano de control fiscal se fundamentó en verificar si las mayores obras y adiciones al contrato encontraron justificación técnica y, solamente en cuanto al tema de los sobrecostos se refirió a los materiales de filtrado (arena y grava y sus gastos de transporte), así como su incidencia en el ítem «relleno», de lo cual, encontró justificado que los valores hubiesen cambiado pese a la actualización de precios por parte de INGETEC S.A.

166. En este sentido, la decisión de la Contraloría General de la República no hizo ninguna reflexión acerca de los ítems por los cuales se impuso sanción disciplinaria por parte de la PGN como son los *ítems* 5.7 «material colocado para la zona 4»⁹⁶, 8.15.1 «espuma de poliuretano»⁹⁷ y 8.18.1. «endurecedor de superficies»⁹⁸.

167. De acuerdo con todo lo anterior, era apenas evidente que como la decisión disciplinaria de primera instancia estimó comprobado el primer cargo parcial en relación con los *ítems* 5.7., 8.15.1., 8.18.1. tema sobre el cual no avanzó en su análisis la Contraloría General de la República, era evidente que la decisión de segunda instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la PGN no se encontraba atada a la decisión adoptada por el ente de control fiscal.



⁹⁶ Según el dictamen técnico de 7 de junio de 2011 suscrito por el ingeniero Gabriel Jaime Ramírez Aristizábal de la Dirección Nacional de Investigaciones de la PGN, esta zona corresponde a « [...] la cara de la presa aguas arriba y el material a utilizar estaría compuesto por bloques y fragmentos de roca, pues este material es la protección del talud de la presa» (ff. 1529 Cuaderno 7 del expediente disciplinario) .

⁹⁷ Según el informe señalado ut supra «[...] hace referencia al suministro e instalación de las materiales llenantes de las juntas de las estructuras de concreto que indicó el diseñador de las mismas. La función de las juntas consiste en mantener todas las tensiones que se desarrollan en las estructura (sic) del hormigón dentro de un rango admisibles (sic) y se clasifican de acuerdo a su ubicación en longitudinales y transversales, y según su función se las denominan de expansión, contracción, articulación y construcción. Debido a que el concreto u hormigón tiende a contraerse lo que podría causar agrietamientos en la estructura, se planea durante la construcción de éstas la ejecución de grietas planificadas que no son más que la (sic) juntas y que posteriormente deben ser llenadas con algún tipo de material específico (de acuerdo a los diseños), que en este caso fue la ESPUMA DE POLIRTANO (sic) que es un material compresible.» (ff- 1537- 1538 Cdo 7 expediente disciplinario).

⁹⁸ «Ibidem «El endurecedor de concretos es un aditivo que se le agrega al mismo con el fin de aumentar la resistencia al desgaste originado por efectos de impacto y vibraciones » (f. 1539)



168. En efecto, como ya se indicó, era válido que la PGN se separara de las reflexiones adelantadas por el organismo de control fiscal, precisamente en atención a la autonomía de sus decisiones y a la naturaleza de la responsabilidad disciplinaria donde lo que se busca es verificar si existió el incumplimiento de los deberes propios del servidor público, caso en el cual se sanciona una conducta reprochable disciplinariamente y, cuyo objeto no es el resarcimiento del daño patrimonial.

169. De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón al demandante cuando afirma que debió ser absuelto de responsabilidad disciplinaria por ser exonerado de responsabilidad fiscal, más aún cuando como se vio, el análisis de la Contraloría General de la Nación no avanzó sobre la conducta que se le reprocha de la actividad contractual como fue celebrar un contrato con sobrecostos en los *ítems* 5.73., 8315.1 y 8.18.1. en valor diferente al establecido por la firma INGETEC SA; sin justificación técnica o económica, razón que impone denegar el cargo mencionado.

3.4.3. Tercer cargo ¿En este caso la PGN incurrió en una falsa motivación por una defectuosa valoración probatoria cuando analizó el elemento «detrimento patrimonial» del tipo disciplinario?



170. Como se aprecia de la parte histórica, la redacción de este cargo es algo confusa⁹⁹, sin embargo, de él se extrae que la inconformidad del demandante radica en que no se interpretó de forma correcta el caso al versar sobre un contrato en la modalidad de precios unitarios, donde la cláusula del valor sirve como indicativo de un monto estimado, pero no es vinculante y obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá cuando se ejecute la obra, aplicando el procedimiento establecido.

171. Además, frente a este aspecto señaló que el perito de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación señaló en su informe oficial que, de conformidad con el pliego, la aceptación de la oferta se efectúa sobre el valor total de la misma y que no se presentaron sobrecostos toda vez que el material de mayor valor se ejecutó en menor cantidad que lo previsto en el presupuesto inicial.

172. Sobre este aspecto, es importante aclarar lo siguiente:

⁹⁹ «Vía de hecho por defecto fáctico, con desconocimiento del derecho de defensa y (sic) incuridas en falsa motivación».



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

173. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 *ibídem*) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

174. Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a **precios unitarios**, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien tales modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, esto no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, siempre y cuando en las condiciones generales de la contratación se encuentren precisas las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c).¹⁰⁰

175. Según lo establecía el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, el contrato a precios unitarios se definía así: como «[...] aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y **su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije**. El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos» (Negrilla de la Sala).



176. Sobre las características de este tipo de contratos, la Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁰¹ de esta Corporación, señaló que el contrato de obra a precio unitario es aquél en el que el precio del objeto contractual, se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y un precio por cada unidad; siendo claro que lo más probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución, como pasa a explicarse:

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre 1999, exp. 10.929, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁰¹ En concepto de 9 de septiembre de 2008, dentro del radicado 1001-03-06-000-2008-00060-00, con ponencia del Consejero Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

«Es sabido y lo regula la ley contractual, que todo proceso de selección debe estar precedido de los estudios de necesidad y oportunidad, en los cuales la entidad contratante analiza y determina las condiciones de costos, calidad, plazo, etc., que incorporará a los pliegos de condiciones o sus equivalentes una vez inicie el proceso en mención, en el que, al concluir con la adjudicación correspondiente, se precisará, entre todas las condiciones, el valor por el cual se celebrará el contrato.

Tratándose de contratos de obra, que en el proceso previo al de selección se determina adelantar bajo la modalidad de pago por precios unitarios, los pliegos o su equivalente, la adjudicación y el consiguiente contrato, recogerán una suma como precio, que corresponde a un "valor inicial" en la medida en que resulta de multiplicar las cantidades de obra contratadas por el precio unitario convenido.

Pero a lo largo de la ejecución del contrato, ese precio inicial sufrirá variaciones, bien porque las partes hayan acordado reajustar periódicamente cada precio unitario, bien porque la cantidad de obra contratada aumente o disminuya, o bien por la concurrencia de ambas situaciones. Entonces, finalizado el contrato, porque se concluyó su objeto o por otra circunstancia, el resultado de multiplicar los precios unitarios reajustados por la cantidad de obra efectivamente ejecutada, determinará el "valor final".»

177. A partir de lo anterior, concluyó la Corporación que el aumento o la disminución de las cantidades de obra contratadas, no comporta una modificación al objeto del contrato sino, una consecuencia de las estipulaciones del mismo, lo cual ha de determinarse en cada caso, con la medición periódica de los avances de la obra; éstos, recogidos en actas o como se haya estipulado en el contrato, van a reflejar, con la misma periodicidad, un valor del contrato proveniente de su ejecución real; requiriéndose, dado el caso, el trámite del recurso presupuestal en cuanto exceda la apropiación inicial, además de las formalidades establecidas por las partes.



3.4.3.1. Análisis del cargo.

178. Este es el escenario previo a los hechos materia de la investigación disciplinaria sobre el que no existe controversia¹⁰²:

- En atención a la época invernal que se estaba presentando surgió la necesidad de evitar el riesgo de inundaciones por las crecientes del río Tunjuelo lo cual podría afectar a 500,000 residentes de las zonas contiguas a la Ribera del río. Por esto, se originó el proyecto «Presa Seca Cantarrana» para lo cual la EAAB contrató con la firma consultora INGETEC S.A. los

¹⁰² Según relato señalado en la providencia de 14 de febrero de 2012 a folios 81 y siguientes del cuaderno principal.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

diseños de la construcción de obras para el control de las crecientes del río Tunjuelo a través del contrato 1-02-41000-224-2000 de 29 de junio de 2000.

- Con base en los diseños, cantidades de obra y presupuesto aportados por INGETEC S.A. la EAAB abrió la invitación pública ICSM – 540 -2003 con el fin de escoger al contratista que se encargaría de realizar la construcción de las mencionadas obras, siendo seleccionado el Consorcio Obras Tunjuelo quien presentó una oferta por \$47.0412´536.160, cifra estipulada en el contrato No. 1-01-25500-726-2004 de 29 de diciembre de 2004, para llevar a cabo la construcción de las obras en un plazo de 28 meses, cono inicio de actividades el 21 de febrero de 2005.
- En la etapa de ejecución la entidad contratante argumentó serios incumplimientos a atrasos en que había incurrido el CONSORCIO OBRAS TUNJUELO, que motivaron a declarar la caducidad del contrato mediante la Resolución 0205 de 31 de marzo de 2006, confirmada por Resolución 0370 de 26 de mayo de 2006, donde se indicó que los trabajos adelantados por el contratista al momento de liquidar el contrato correspondían a \$15.332´811.006.
- Con base en la modalidad de urgencia, por las condiciones climatológicas y el riesgo inminente que acarreaban, la EAAB estimó que debían continuarse las obras pues de no hacerlo podrían desaparecer aumentando el riesgo.
- Para determinar el valor de las obras faltantes INGETEC S.A. actualizó el 31 de julio de 2006 el presupuesto que consideró suficiente para culminar con éxito la construcción de las obras para el control de crecientes de la cuenca del Río Tunjuelo destinando la suma de \$50.899´406.606, cifra que fue ajustada en \$49.391´394.009. por parte de la Dirección de Contratación y Compras según memorando de 31 de julio de 2006 suscrito por el señor Ulises Julio Ibarra Daza quien afirmó que se habían tenido en cuenta las recomendaciones impartidas en la materia por la interventoría al igual que los precios estipulados en el contrato 726-04 y los consignados en la base de datos de la dependencia a su cargo.
- La entidad contratante promovió el proceso de selección de contratación directa número ICMS-379-2006 con el objeto de continuar con la construcción de las obras para el control de





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

las crecientes de la cuenca del Río Tunjuelo lo cual estuvo a cargo de la Dirección de Contratación y Compras, dependencia que además de la revisión y aprobación del presupuesto oficial en todos los procesos de este tipo adelantó el 9 de agosto de 2006 la evaluación de la oferta que presentó la Unión Temporal MINCIVIL - TOPCO SA previa invitación que le hiciera el director de contratación y compras mediante oficio de 3 de agosto de 2006.

- Debido a lo anterior el señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz en su condición de representante legal de la EAAB suscribió con el mencionado oferente el contrato No. 01-25500-287-2006 el 11 de agosto de 2006, denominado segundo contrato «proyecto Cantarrana» por valor de \$49.384´529.131. Esto con un plazo de ejecución de 11.5 meses a partir de la fecha de la firma del acta de inicio, que ocurrió el 25 de agosto de ese mismo año por lo que el plazo de ejecución vencía el 9 de agosto de 2009.
- El contrato fue objeto de dos modificaciones. La primera el 25 de abril de 2007 suscrita por el demandante y el representante legal de la Unión temporal contratista En atención a que ésta última advirtió que se presentaba un incremento en las excavaciones y llenos por lo que solicitó fondos para garantizar el pago de las cantidades por adicionar, asociadas al aumento de los rellenos de la presa¹⁰³.
- La interventoría contratada otorgó la viabilidad técnica de trasladar recursos correspondientes a *items* de obra, cuyas cantidades resultaban menores a las previstas inicialmente o se sabían que no se ejecutarían equivalentes a la suma de \$1.514´805.873 y asignarlos a aquellos cuyo valor se vería aumentado con la modificación pedida, que fueron cuantificados en \$3.869´935.592.
- La adición correspondió a \$2.295´129.720, pero sin ampliar el plazo de ejecución.
- La segunda modificación se suscribió el 9 de agosto de 2007 por parte del gerente de la EAAB y el representante legal de la unión temporal contratista, previo trámite adelantado por la Dirección de Contratación y Compras, en la cual amplió el



¹⁰³ Según la solicitud de modificación del contrato visible a folios 134 y 144 del anexo 11 del expediente disciplinario.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

plazo de ejecución hasta el 15 de septiembre de 2007, y se incrementaron cantidades de obra de algunos ítems por valor de \$1.170´.462.725. Además, la EAAB solicitó ejecutar obras adicionales como fue la construcción de una caseta de vigilancia a la entrada del predio, el cerramiento de las principales obras del proyecto y la reparación de la junta de dilatación por valor de \$490´000.000. El valor total de esta modificación ascendía a \$1.660´462.725 pero dicho valor se redujo a \$747´750.168 «[...]en razón a que la entidad contratante dispuso suprimir algunos ítems de obra correspondientes a la zona de manejo y preservación ambiental en cuantía de \$912.712.557, al considerar como suficientes los trabajos ejecutados en este aspecto [...]»¹⁰⁴.

- El contrato se liquidó de forma bilateral el 30 de noviembre de 2007, en cuya acta se indicó que el valor ejecutado final de la presa ascendió a \$52.427´409.019.

179. Establecido lo anterior es de recordar que el cargo de anulación de la demanda se edificó sobre la tesis consistente en que no se produjo el elemento normativo del detrimento patrimonial, comoquiera que el contrato imponía ser analizado sobre el valor total y las obras ejecutadas, con lo cual no podía desagregarse para ser analizado por cada *ítem*.



180. En la decisión de segunda instancia la PGN sostuvo la tesis consistente en que como los *ítems* cuestionados presentan sobreprecio al momento de la contratación y éstos repercuten en el valor total del contrato, inciden, a su vez, en el mayor valor pagado al contratista.

181. Ahora bien, el disenso del demandante radica específicamente frente a la interpretación que la PGN le dio a los dictámenes periciales sobre los cuáles se edificaron las decisiones sancionatorias, específicamente por que en su consideración debió atenderse a las respuestas dadas por el perito a los cuestionamientos 10 y 11, donde estableció que en el pliego de la invitación No. ICM- 379-2006 se estableció el presupuesto oficial del futuro contrato, se plasmaron las reglas de evaluación económica del proponente y aceptación de oferta del contratista. Dijo que, de conformidad con el pliego, la aceptación de la oferta se efectúa sobre el valor total de la oferta y la aceptación de precios unitarios se encuentra implícita en la misma sin que se evalúe de manera individual cada uno de los precios del contrato.

¹⁰⁴ Folio 83 cuaderno principal.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

182. Así mismo, en cuanto a la pregunta 11, el perito dijo que no se presentaron sobrecostos toda vez que el material de mayor valor se ejecutó en menor cantidad que lo previsto en el presupuesto inicial, toda vez que en el presupuesto inicial se preveía que se debían ejecutar 42.000m³ que tendrían un valor de \$2.055´942.000 y al final se ejecutó un total de 39047 m³ con valor de ejecución se \$1.911´.389.697, por lo que la diferencia o menor valor ejecutado asciende a la suma de \$144´552.303.

183. Por lo anterior, la Sala centrará su atención sobre los citados dictámenes técnicos rendidos el 7 de junio y el 8 de agosto de 2011, por el ingeniero Gabriel Jaime Aristizábal, profesional adscrito a la dirección nacional de investigaciones especiales¹⁰⁵. Es de anotar que de los mismos se ordenó correr traslado a los sujetos procesales a través de auto de 25 de agosto de 2011¹⁰⁶, y solamente el señor Julio Ibarra Daza presentó solicitud de aclaración de forma extemporánea, por lo que fue denegada. Empero la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal solicitó a la Dirección de la Red Troncal de Alcantarillado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá suministrar la información solicitada por ese encartado¹⁰⁷.

184. Sobre este aspecto, a efectos de verificar si los precios asignados por el diseñador y asesor de la obra correspondían a los del mercado de la época, la PGN le ordenó al perito examinar si las variables o circunstancias expuestas por los sujetos procesales en los descargos, como justificantes para elevar los precios unitarios de los ítems censurados tuvieron ocurrencia y de haber sido así se le solicitó precisar en qué porcentaje pudieron tener incidencia los precios sobre este aspecto.

185. El perito examinó los turnos de trabajo de 24 horas, el trabajo en días feriados, los precios unitarios propuestos por INGETEC S.A. el 31 de julio de 2006, examinó el peso de la mano de obra en uno de los equipos propuestos por el contratista (BULDOZER), los costos de iluminación por trabajos nocturnos, los costos de vivienda, los costos por menor rendimiento por trabajo nocturno, los precios por sobre acarreo y finalmente elaboró un cuadro¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Folios 1518 y s.s. Cdno 7 expediente disciplinario y y 1655 y s.s Cdno 8 Ibidem.

¹⁰⁶ Folio 1690 cuaderno 8 del expediente disciplinario.

¹⁰⁷ «Indicar la cantidad de metros lineales que comprenden cada uno de los tramos que conforman la tubería con otra que correspondiente a las instalaciones sanitarias de la caseta de vigilancia localizada en la entrada de la presa cantarrana, desde el sitio donde arranca hasta el lugar donde descarga [...] así como establecer el precio del citado ítem con fundamento en los precios unitarios que reposan en el expediente». (Folio 1708 Cdno 8 expediente disciplinario).

¹⁰⁸ Citado en la decisión disciplinaria de primera instancia visible a Folio 98 del cuaderno principal, foliatura superior derecha en color verde.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

186. Allí se aprecian, entre otros, los valores para los ítems para por los cuales finalmente fue sancionado:

Cuadro No. 3 de la Delegada (tomado del dictamen técnico)

ITEM	DESCRIPCION	UNID	PRECIO		% A AUMENTAR POR MENOR RENDIMIENTO DE LOS EQUIPOS POR TRABAJO NOCTURNO	% A AUMENTAR EN EL PRECIO DEL ÍTEM POR LA INCIDENCIA DEL RECARGO NOCTURNO	VALORA AUMENTAR POR ILUMINACION	VALORA AUMENTAR POR VIVIENDA	VALORA AUMENTAR POR SOBRECARR ED DE MATERIALES (CON PRECIO PROMEDIO ENTREGADO POR LA EPM)	AUMENTO POR FACTOR DE COMPACTACION (30%)	VALOR FINAL AFECTADO	PRECIO UNITARIO CONTRATADO	PRECIOS DEL MERCADO ENTREGADOS POR EPPMM (PRECIO DIRECTO)	PRECIO DEL MERCADO CON AUI (20,5%)
			UNITARIO	INGETEC AL 31 DE JULIO DE 2006										
5.1	Preparación de la fundación para la colocación de los rellenos de la presa	M2	\$ 1.130,00		1,0745	1,0075	\$ 43,00	\$ 24,00			\$ 1.280,29	\$ 11.019,00	\$ 12.313,68	\$ 14.850,30
5.2	Zona 1 de la presa	M3	\$ 14.728,00		1,0745	1,0075	\$ 43,00	\$ 24,00			\$ 16.010,93	\$ 12.908,00	\$ 8.772,84	\$ 10.880,05
5.3	Zona 2A de la presa	M3	\$ 66.683,00		1,0745	1,0075	\$ 43,00	\$ 24,00	\$ 66.347,68	\$ 19.904,30	\$ 158.507,25	\$ 86.304,00	\$ 48.658,27	\$ 58.681,87
5.4	Relleno compactado para la zona 2B de la presa	M3	\$ 60.249,00		1,0745	1,0075	\$ 43,00	\$ 24,00	\$ 66.347,68	\$ 19.904,30	\$ 151.542,07	\$ 85.345,00	\$ 45.658,27	\$ 58.681,87
5.5	Zona 3 de la presa	M3	\$ 10.536,00		1,0745	1,0075	\$ 43,00	\$ 24,00			\$ 11.472,84	\$ 11.885,00	\$ 29.740,50	\$ 35.867,04
5.6	Zona 3C de la presa	M3	\$ 15.590,00		1,0745	1,0075	\$ 43,00	\$ 24,00			\$ 16.944,09	\$ 16.234,00	\$ 29.740,50	\$ 35.867,04
5.7	Zona 4 de la presa	M3	\$ 40.112,00		1,0745	1,0075	\$ 43,00	\$ 24,00			\$ 43.490,60	\$ 48.951,00	\$ 10.439,22	\$ 12.589,70
5.8	Material Arena de cantera	M3			1,0745						\$ -	\$ 11.885,00	\$ -	\$ -
5.9	Construcción de terraplén de prueba	M3	\$ 7.634,00		1,0745	1,0075	\$ 43,00	\$ 24,00			\$ 8.331,25	\$ 22.055,00	NA	
5.10	Apiques para ensayos en el relleno de la presa	M3	\$ 66.943,00								\$ -	\$ 11.374,00	\$ 32.357,05	\$ 39.022,60
5.11	relleno con mortero para la fundación de la presa	M3	\$ 434.607,00								\$ -	\$ 345.284,00	\$ 352.472,53	\$ 425.081,87
6- RELLENOS MISCELANEOS														
6.1	Relleno tipo 1	M3	\$ 44.183,00									\$ 46.614,00	\$ 83.474,87	\$ 100.670,69
6.2	Relleno tipo 2	M3	\$ 40.166,00									\$ 46.614,00	\$ 53.605,12	\$ 64.547,77
6.3	Relleno tipo 3	M3	\$ 46.860,00									\$ 67.722,00	\$ 95.817,17	\$ 115.555,51
6.4	Relleno tipo 4	M3	\$ 40.166,00									\$ 30.705,00	\$ 44.029,28	\$ 53.099,31
6.5	Relleno tipo 5	M3	\$ 37.488,00									\$ 40.626,00	\$ 68.824,03	\$ 83.001,78
6.6	Relleno tipo 6	M3	\$ 20.083,00									\$ 45.120,00	\$ 51.794,90	\$ 62.464,65
6.7	Relleno para instrumentación													
6.7,1	Tipo 11	M3	\$ 98.735,00									\$ 41.130,00	\$ 95.817,17	\$ 115.555,51
6.7,2	Tipo 12	M3	\$ 47.610,00									\$ 41.130,00	\$ 83.474,87	\$ 100.670,69
OTROS ÍTEMES														
8,15,1	Espuma de poliuretano endurecedor de superficies	dm3	\$ 19.804,00									\$ 113.632,00	\$ 80.056,00	\$ 96.547,54
8,18,1	6 cables de torones de 1/2" de diametro cada uno	M2	\$ 84.070,00									\$ 150.000,00	\$ 38.056,33	\$ 45.895,93
23,4,1		T-M	\$ 820,00									\$ 1.966,00	\$ 5.483,19	\$ 6.612,73



187. A partir de la información detallada en el dictamen estableció la primera instancia disciplinaria que dicho análisis gozaba de credibilidad por cuanto además de identificar la naturaleza de los materiales utilizados en la presa y los sitios de los que se extrajeron, expuso la metodología para determinar los precios del mercado de la época al acudir a entidades que ejecutaron obras similares tomando como referencia los precios suministrados por las Empresas Públicas de Medellín, correspondientes a proyectos



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

en los que se utilizaron los *ítems* de obra que se cuestionan en el pliego de cargos.

188. Explicó la PGN que también le ofrecía credibilidad el dictamen por la idoneidad del profesional que lo rindió, al acreditar formación académica y amplia experiencia profesional en el área de la ingeniería que fue reconocida por los sujetos procesales en los alegatos de conclusión, además, porque el dictamen señaló los exámenes practicados para determinar los precios del mercado de los *ítems* censurados destacando la visita de campo y, la revisión de la documentación relacionada con el asunto obrante en el expediente así como la solicitada por su cuenta de la entidad contratante con fundamento técnico de las respuestas y las conclusiones en torno al tema, evidenciando calidad epistemológica de las mismas porque además cálculo los precios del mercado teniendo en cuenta las variaciones ocurridas en la época que rodearon el desarrollo de la continuación de la construcción de la «Presa Seca Cantarrana». En particular, frente a los *ítems* por los cuales se le sancionó, la PGN concluyó lo siguiente¹⁰⁹:

- **Item 5.7**, estableció que fue cuantificado por el diseñador y asesor del proyecto en \$40.112 el m³, pero el dictamen técnico estableció que el precio provocado por la ocurrencia de los anteriores factores llegaba a la suma de \$ 43.490.60 lo que no alcanza a justificar que se haya incrementado el precio suministrado por INGETEC SA al estipular en el contrato un valor de \$48.951, menos aun cuando el precio del mercado determinado en el dictamen técnico era de \$12.589,70 incluido el AIU.
- **Item 8.15.1**. Señaló que fue cuantificado por el diseñador y asesor del proyecto en \$19.804 el dm³, y el valor fue incrementado en el contrato hasta llegar a la suma de \$113.632.00, sin que el dictamen técnico vaya a justificación alguna, menos aun cuando determinó que el precio del mercado era de \$12.589.70 incluido en AIU.
- **Item 8.18.1** especificó que fue cuantificado por el diseñador del proyecto en \$84.070 el m², valor que fue incrementado en el contrato hasta llegar a la suma de \$150.000 sin que el dictamen técnico hallara justificación alguna, menos aun cuando determinó que el precio del mercado era de \$45.895,93 incluido el AIU para la época.



¹⁰⁹ Folios 100 y 101 del cuaderno principal.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

189. Ahora bien, con base en los anteriores datos sobre los precios de los ítems señalados, la PGN en la decisión de 14 de febrero de 2012 concluyó¹¹⁰ que para los ítems 5.1., 5.3., 5.4., 5.6., 6.1., 6.2., 6.3., 6.5., 6.6., y 23.4.1. la EAAB tenía justificación técnica y económica para estipular en el contrato un mayor precio respecto al determinado por el diseñador y asesor del proyecto.

190. Empero frente a los *ítems* 5.7., 8.15.1., y 8.18.1. señaló que fueron estipulados en el contrato con un precio superior al que correspondía, sin tener justificación alguna, y de acuerdo con ello coligó:

«[...] en síntesis el valor que la entidad contratante pagó en exceso por estos 3 ítems de obra durante la ejecución ascendió a la suma de QUINIENTOS SETENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON 16/100 \$571'507.442,16, sin que se haya advertido justificación técnica ni económica a diferencia de lo planteado por la defensa, pues los trabajos nocturnos no alcanzaron a cubrir el exceso y, de otro lado tampoco su ejecución se vio afectada por su transporte de sitios distintos a los localizados en la zona de obra (sobre- acarreo) ni por el factor de compactación a los que se refirió el dictamen técnico como los ingredientes preponderantes para el incremento de los precios de los demás ítems cuestionados; por el contrario estuvieron distantes de los precios del diseñador que resultaban favorables para la entidad contratante por ser los más acordes con los precios del mercado».



191. Como se aprecia, es evidente que el argumento del demandante persigue salvar su responsabilidad disciplinaria con base en que el precio global del contrato no representó un detrimento económico toda vez que se realizaron mayores obras frente a algunos *ítems* y los que representaban mayores costos no fueron ejecutados como se había planeado inicialmente, esto con miras de que quede sin piso el análisis realizado a los precios unitarios de los *ítems* 5.7., 8.15.1. y 8.18.1.

192. La naturaleza del contrato a precios unitarios, como ya se vio en precedencia lo que permite es que el valor global se pueda establecer de acuerdo con las cantidades de obra ejecutadas por el precio unitario convenido. Adicionalmente, si en la ejecución del contrato este sufre variaciones es posible que el precio inicial sea ajustado, como hubiese sucedido de extenderse las condiciones climatológicas desfavorables, por incremento de obra o la disminución de ésta, por lo que, una vez finalizado el contrato, el valor final se determinará por el resultado de multiplicar los precios unitarios por la cantidad de obra efectivamente ejecutada. Sobre ello no hay discusión.

¹¹⁰ Folio 101 cuaderno principal.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

193. Empero sobre lo que se centra la controversia son los precios con los cuales se suscribió el contrato y se mantuvo su ejecución.

194. Para ello debemos atender al artículo 12 de la Resolución 1016 de 2005, manual de contratación de la EAAB, vigente para la fecha de los hechos, norma que establece el procedimiento para la invitación privada de ofertas:

«ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO.- INVITACIÓN PRIVADA PARA PRESENTACIÓN DE OFERTAS¹¹¹. Los procesos de contratación de la EAAB se adelantarán como invitación privada para presentación de ofertas, salvo cuando por razones de las cuantías a que se refiere esta Resolución, complejidad técnica y estratégica o por decisión del facultado para contratar, se señale que se debe realizar una invitación pública.

La Complejidad técnica, la definirá el Gerente General con el acompañamiento del área interesada.

Con el propósito de darle cumplimiento al principio de transparencia y de libre concurrencia, cuando el valor estimado del contrato exceda de 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), se conformará un Comité de Selección de Proponentes, integrado por el facultado, el Director de la Dirección de Compras y Contratación y un delegado de la Gerencia General, quienes elegirán un mínimo de cinco (5) proponentes aptos del registro de proponentes de la EAAB. No obstante lo prescrito, se podrá contratar directamente cuando:
[...]

4. Se trate de contratos de urgencia.
[...].».

195. Adicionalmente el artículo 14 establece qué deben contener los términos de referencia, así:

«ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO. TÉRMINOS DE REFERENCIA¹¹². En la modalidad de contratos por invitación pública y cuando se trate de invitaciones privadas cuya cuantía supere los 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), deberán elaborarse los términos de referencia, que contendrán lo siguiente:

- 1. Los elementos esenciales del negocio**
2. Las condiciones necesarias para participar
3. Los criterios de selección y su ponderación
4. Los plazos de las etapas para la presentación de ofertas, la evaluación y preselección de las mismas
5. Las condiciones y plazo para la etapa de negociación.
6. Las condiciones para la celebración y ejecución del contrato.
7. Las cláusulas especiales que se estipularían en el contrato, como las sancionatorias, compromisorias o las excepcionales del derecho común.

¹¹¹ Modificado por el art. 2, Resolución E.A.A.B. 369 de 2006, Modificado por el art. 2, Resolución E.A.A.B. 376 de 2006, Modificado por el art. 4, Resolución E.A.A.B. 08 de 2007, Modificado por el art. 4, Resolución E.A.A.B. 88 de 2007.

¹¹² Modificado por el art. 6, Resolución E.A.A.B. 08 de 2007, Modificado por el art. 6, Resolución E.A.A.B. 88 de 2007.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

8. Las demás condiciones que sean necesarias de acuerdo con el objeto de la contratación y que propendan por el cumplimiento de los principios de transparencia y libre concurrencia.

Parágrafo Primero. El proceso se iniciará a solicitud del facultado quien remitirá su requerimiento a la Dirección de Compras y Contrataciones, donde se revisarán los precios de mercado y se determinará el presupuesto oficial definitivo para contratar. Una vez determinado el presupuesto a contratar, el facultado deberá solicitar la disponibilidad presupuestal (solicitud de pedido SAP R/E) suficiente para cubrir las obligaciones que se contraerán. Una vez suscrito el contrato, se efectuará el respectivo registro presupuestal (pedido en SAP R/3). Seguidamente, el facultado remitirá las condiciones técnicas a la Dirección de Compras y Contratación, previo análisis, revisión y visto bueno del par técnico o experto independiente, cuando se requiera de éste, de conformidad con lo prescrito en el artículo que reglamenta los contratos a celebrarse bajo la modalidad de invitación pública. [...]».

196. De acuerdo con las normas analizadas y la misma definición del contrato de obra a precios unitarios se advierte como válido el cuestionamiento que se hizo la Procuraduría General de la Nación, pues si en efecto, el proceso contractual arrancó con unos precios que presentaron sobrecostos y que difirieron, sin justificación alguna, de los establecidos y actualizados por INGETEC SA, específicamente frente a los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1., estos repercutirían a futuro en el precio finalmente pagado al contratista, ignorando que el mismo manual de contratación de la entidad establece qué debe contener los términos de referencia y cómo debe establecerse el presupuesto oficial para contratar a través de la modalidad de contratación privada donde determina con claridad, quienes intervienen en dicho proceso, y las actuaciones que deben desplegar.



197. De acuerdo con ello, es evidente que al finalizar el contrato el valor global de éste se incrementó, igualmente, de forma injustificada, en suma que para este caso corresponde a **\$571'507.442,16**, como lo determinó la PGN según las diferencias dadas por el perito adscrito a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la entidad.

198. Los anteriores aspectos hicieron parte del debate en el proceso disciplinario, sin que los disciplinados hayan aportado alguna prueba sobre la justificación de los sobrecostos establecidos para los *ítems* 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. Al contrario, su tesis, como se vio, consistió en que, al no presentarse un sobrecosto en el valor global del contrato, no hubo detrimento patrimonial. Por su parte, las decisiones sancionatorias no acogieron dichos planteamientos



y a medida en que el proceso disciplinario avanzó se fueron consolidando las pruebas de que efectivamente se presentó un sobre costo en los citados *ítems*, para lo cual el disciplinado no presentó justificación alguna e inclusive no se manifestó frente al dictamen elaborado por el perito de la PGN.

199. Así las cosas, la Procuraduría General de la Nación demostró cómo em este caso hubo ausencia de justificación frente a los costos de los precios unitarios para los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. evento que generó, a la postre, el valor global del mismo presentara un incremento, a todas luces irregular, escenario que impone denegar el cargo analizado.

3.4.4. Cuarto cargo. ¿En este caso se desatendió el principio de interpretación restrictiva establecido en sentencia C-818 de 2005 y demás normas que se relacionan y con ello el elemento de ilicitud sustancial?

200. Como se aprecia de la parte histórica, el cargo en mención no goza de claridad, empero, del mismo se advierte que su desacuerdo frente a la decisión que adoptó la PGN frente a la ilicitud sustancial y finalmente porque en su parecer no se dio aplicación a las pautas de la sentencia C- 818 de 2005.

201. Sobre el tema es necesario aclarar el correcto entendimiento en el derecho disciplinario de la figura jurídica de la ilicitud sustancial, para lo cual debe citarse al doctrinante Carlos Arturo Gómez Pavajeau que frente al tema indicó¹¹³:

«[...] **la antijuridicidad, o mejor la ilicitud**, en derecho disciplinario no puede ser entendida como mera contradicción de la conducta de la norma; eso sería tanto como pregonar la exigencia del deber por el deber mismo. Pero el camino correcto para ello no es hablar de antijuridicidad material, pues ello es propio del derecho penal. La antijuridicidad sustancial es un término genérico que cobija las especies de antijuridicidad material e ilicitud sustancial. La primera como se dijo, aplicable al derecho penal, y la segunda al derecho disciplinario. La antijuridicidad sustancial es el término correcto para denominar el fenómeno propio del derecho disciplinario. Presupone como objeto de protección del derecho disciplinario el deber, pero en términos funcionales. Por ello el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 habla del “deber funcional”, y define la “ilicitud sustancial” como la afectación de aquel sin justificación alguna. Es presupuesto de la ilicitud sustancial merecedora de reproche el que se “afecte sustancialmente los deberes funcionales” [...]».

¹¹³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Dogmática Jurídica como ciencia del Derecho. Sus especies penal y disciplinaria, necesidad, semejanzas y diferencias. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá (Colombia). Año 2011. , pp. 368-369.





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

202. En este sentido, para que exista ilicitud sustancial de la conducta, es menester que la afectación del deber funcional se origine en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado.

203. Ahora bien, a través de la Sentencia C – 818 de 2005 la Corte Constitucional, declaró exequible el aparte en subrayas del **art. 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002**¹¹⁴, «[...] en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios [...]». Esta decisión se adoptó en atención a los principios de legalidad y reserva de ley que deben observarse en los procesos disciplinarios.

204. Como ya se dijo, la PGN solamente le endilgó al demandante en su calidad de gerente de la EAAB¹¹⁵: el siguiente aparte normativo «Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público[...] », sin embargo, citó las normas cuyos deberes implícitos consideró infringidos, como son:

- **El artículo 123**¹¹⁶ **inciso 2.º de la Carta Política.** Esto porque:

«[...] transgredió, posiblemente la disposición inmediatamente anterior por falta de aplicación y violación directa, dado que es deber de todo servidor público cumplir con sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento, lo que se inobservó al no salvaguardar los recursos de la Empresa [...] con la omisión que se le reprocha».

- **El art. 831**¹¹⁷ **del Código de Comercio,** porque:

¹¹⁴ « **Artículo 48.**Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: [...]

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

¹¹⁵ Folios 335 y siguientes del cuaderno 3.º ibidem.

¹¹⁶ «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»

¹¹⁷ « **ARTÍCULO 831. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.** Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.»





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

«[...] al estipular un mayor valor en los *items* de obra en el contrato, sin fundamento técnico y económico, provocó un sobre costo en el contrato, generando el menoscabo del patrimonio de la entidad contratante y consecuentemente un enriquecimiento sin justa causa del contratista a expensas de los recursos públicos [...] en virtud de que se reconoció y pagó un valor superior al contratista, en la medida en que se hizo caso omiso al presupuesto establecido por el diseñador y asesor del proyecto quien fue contratado precisamente para actualizar el precio del mismo, teniendo en cuenta que acreditaba experiencia en estudios, diseño, supervisión y asesoría en el campo de presas para diferentes tipos de proyectos, tanto a nivel nacional como internacional».

- **El art. 4.º¹¹⁸ de la Ley 489 de 1998**, se indicó:

«[...] la función administrativa está al servicio del interés general lo que fue desatendido con la omisión que se le reprocha todo es que el mayor valor que causó en los trabajos objeto del contrato [...] se aleja del objetivo principal para el cual fueron instituidos los servidores públicos [...]».

- **La Resolución 1016 de 2005 «Por la cual se adopta el Manual de Contratación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P.»**, en sus artículos 16 inciso 1¹¹⁹ y 25¹²⁰ la PGN indicó:

«[...] el investigado pretendió posiblemente las disposiciones inmediatamente anteriores teniendo en cuenta que era su deber proteger y optimizar los recursos de la Empresa [...] con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato 287/06, etapas en las que intervino activamente, pero no lo hizo, pues sin



¹¹⁸ **«ARTICULO 4.- Finalidades de la función administrativa.** La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general».

¹¹⁹ **«ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. ADJUDICACIÓN.** La adjudicación del contrato se hará teniendo en cuenta los criterios expuestos en los términos de referencia o invitación de presentación de oferta, tales como: precio, plazo, cumplimiento en contratos anteriores, calidad del bien o servicio, capacidades técnicas, experiencia, organización y equipo de proveedores».

¹²⁰ **«ARTÍCULO VIGESIMO QUINTO.- FACULTAD DE INTERPRETACIÓN.** Las disposiciones del presente manual deberán ser interpretadas de manera integral y sistemática, en concordancia con las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Los eventos que no se encuentren previstos expresamente en el Manual se atenderán aplicando la regla que haya resuelto otro similar a partir de la vigencia del mismo. En todo caso, la actuación en el procedimiento de contratación estará regida por los principios de responsabilidad personal y economía, y orientada a obtener la optimización de los recursos de la Empresa. De todas formas, la facultad de interpretar la presente resolución, que adopta el Manual de Contratación de la EAAB la tendrá la Gerencia jurídica con el acompañamiento de un asesor de la Gerencia General, designado por ésta.»



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

fundamento alguno, estipuló discrecionalmente mayores valores en los ítems de obra cuestionados al momento de su celebración, lo que a la postre provocó que el proyecto tuviere un costo superior al establecido por el diseñador (INGETEC), en la medida en que fueron esos valores los utilizados para reconocer y liquidar las cantidades de obra ejecutadas por el contratista, ante el silencio del investigado en este aspecto durante las aludidas etapas contractuales».

- **La Resolución 088 de 2007, por la cual se modificó el manual de contratación de la EAAB, en su art. 11¹²¹** la PGN indicó que el accionante:

«[...] aprobó la liquidación del contrato 287/06, reconociendo los mayores valores que estipuló para los ítems relacionados en el cargo, consolidando el mayor costo de las obras equivalentes a \$4.297'615.092.30, sin contar previamente con el fundamento técnico y económico que se lo permitiera y ante el silencio que guardó en este aspecto tanto en la ejecución como en la liquidación, no obstante, haber tenido la oportunidad de intervenir activamente en las mismas para atender asuntos relacionados con el desarrollo del proyecto.»

- **La Ley 734 de 2002, el art. 34 numeral 1.^o¹²²**, porque «[...] desconoció el disciplinado presuntamente estas normas que consagran los deberes que tenía que cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos de la entidad, así



¹²¹ «**ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO.** Modificar el artículo [vigésimo segundo](#) de la Resolución 1016 de 2005, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO SEGUNDO.- LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.** Los contratos de tracto sucesivo cuyo valor sea igual o superior a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y los demás que lo requieran se liquidarán de común acuerdo por las partes dentro del plazo fijado en cada contrato.

En el acta de liquidación se consignarán, entre otros, los ajustes y reconocimientos a que haya lugar, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Si no hubiere acuerdo para liquidar, así lo informará el interventor del respectivo contrato por escrito al ordenador del gasto, dejando constancia sobre esta situación y consignando algunos antecedentes y datos del contrato, tales como, garantías constituidas, balance financiero, penas pecuniarias, multas y obligaciones pendientes. Este informe será remitido a la Gerencia Jurídica para que sea ésta la que defina las actuaciones pertinentes».

¹²²« **Artículo 34.**Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

[...]

21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados»



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

como el de proteger los dineros (bienes) pertenecientes al patrimonio de la entidad contratante, más aún, cuando el reglamento interno de contratación imponía la obligación de optimizar los recursos que se utilizaran (sic) en dicha actividad [...]».

- El artículo 35 numeral 7.^o¹²³ *ibidem* por cuanto: «sin disponer de fundamento técnico y económico alguno, **estipuló un mayor valor en los ítems de obra y permitió que fueron utilizados durante la ejecución y liquidación para reconocer las cantidades de obra realizadas por el contratista,** guardando silencio en este aspecto, ocasionando un mayor valor en el contrato y, consecuentemente, el menoscabo del patrimonio de la entidad contratante».

205. Ahora bien, como se aprecia, entre una de las disposiciones en cita como es la **Resolución 1016 de 2005 «Por la cual se adopta el Manual de Contratación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P.»**, en su artículo 25¹²⁴ señala que el procedimiento de contratación estará regido por los principios de responsabilidad personal y economía, y orientada a obtener la optimización de los recursos de la Empresa.

206. Sin embargo, advierte esta Sala, que los citados deberes fueron desconocidos por parte del demandante, toda vez que como lo demostró el dictamen pericial realizado por el profesional de la Procuraduría General de la Nación los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. tuvieron un sobreprecio que se originó desde la misma celebración del contrato y que se mantuvo durante el durante su ejecución sin que el demandante haya justificado dicha actuación y mucho menos la omisión frente al ajuste del precio de acuerdo a las cifras que había suministrado la firma ingente que sea, con lo cual es evidente que no acató el principio contractual de optimización de los

¹²³ «**Artículo 35.** Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

[...]

7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado. »

¹²⁴ «**ARTÍCULO VIGESIMO QUINTO.- FACULTAD DE INTERPRETACIÓN.** Las disposiciones del presente manual deberán ser interpretadas de manera integral y sistemática, en concordancia con las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Los eventos que no se encuentren previstos expresamente en el Manual se atenderán aplicando la regla que haya resuelto otro similar a partir de la vigencia del mismo. En todo caso, la actuación en el procedimiento de contratación estará regida por los principios de responsabilidad personal y economía, y orientada a obtener la optimización de los recursos de la Empresa. De todas formas, la facultad de interpretar la presente resolución, que adopta el Manual de Contratación de la EAAB la tendrá la Gerencia jurídica con el acompañamiento de un asesor de la Gerencia General, designado por ésta.»





recursos de la empresa y con ello el principio de responsabilidad individual, por lo que era válido que la PGN concluyera que «[...] por lo que verificar el cumplimiento de los requisitos para la adjudicación de los contratos era, cuando menos, una labor que debían realizar con especial cuidado por lo que la sala concluye que la conducta de los disciplinados no tiene justificación alguna»¹²⁵

207. De acuerdo con ello, al advertirse que no se vulneró el principio de interpretación restrictiva, y qué se analizó en debida forma el elemento de ilicitud sustancial por parte de la Procuraduría General de la nación, se negará el cuarto cargo formulado.

3.5. Decisión de segunda instancia.

208. Como se advierte de todo lo anterior es evidente que en este caso no le asistió razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando consideró ocurrió la prescripción de la acción disciplinaria al estimar que la conducta endilgada al demandante era de carácter instantáneo.

209. En este sentido al verificarse que se trató de una conducta de carácter permanente es otro el tratamiento que debe darse a esta figura, a partir del cual se advierte que no se configuró la prescripción de la acción disciplinaria dado que las decisiones de primera instancia y segunda instancia fueron proferidas y notificadas dentro del plazo establecido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

210. De acuerdo con lo anterior se revocará la decisión de primera instancia y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda formulada por el señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz comoquiera que no prosperaron los restantes argumentos de anulación esgrimidos contra las decisiones disciplinarias sancionatorias.

3.6. De la condena en costas.

211. De acuerdo con la posición fijada por esta Subsección¹²⁶, se impondrá condena en costas de ambas instancias a la parte demandante, conformidad con lo señalado en el numeral 4.º del artículo 365 del CGP¹²⁷, comoquiera que se le resolvió de manera favorable el recurso de alzada a la parte demandada y se revocó la decisión apelada. Estas se liquidarán por la Secretaría del Tribunal.

¹²⁵ Folio 212 cuaderno principal.

¹²⁶ Se puede ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014).

¹²⁷ «Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.»





Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01 (0862-2017)
Demandante: Edgar Antonio Ruiz Ruiz

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

FALLA

PRIMERO.- SE REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de agosto de 2016, que accedió parcialmente a las pretensiones, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz contra la Nación, Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con las razones señaladas en la parte motiva.

SEGUNDO.- SE NIEGAN las pretensiones de la demanda presentada por el señor Edgar Antonio Ruiz Ruiz contra la Nación, Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con las razones señaladas en la parte motiva

TERCERO.- CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante y a favor de la demandada, las cuales serán liquidadas por el *a quo*.

CUARTO.- EFECTUAR las anotaciones correspondientes en el sistema de gestión judicial SAMAI y una vez en firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

CON IMPEDIMENTO
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>