

PROCESO DISCIPLINARIO – Alcalde municipal de Ocaña / CONDUCTA – Permitir aprobación de contratos sin cumplir los requisitos previos / PROCEDIMIENTO VERBAL - Esta probada la falta endilgada / DEBIDO PROCESO – No vulnerado / EJECUTAR CONTRATOS SIN POLIZA – Conducta omisiva disciplinable / ACTIVIDAD PROBATORIA – Suficiente

En el caso particular está probado, que el señor Luis Alfonso Díaz Barbosa, alcalde municipal de Ocaña, omitió injustificadamente la aprobación de las garantías (pólizas) presentadas por los contratistas dentro de los contratos núm. 09 de 2004; 06; 08; 042 y 055 de 2005, negligencia que con llevó a que el contrato 042 de 2005, se ejecutara a pesar de que el término de la garantía respecto del buen manejo del anticipo fuera inferior al pactado en el contrato, vulnerando con ello, los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, 17 y 18 del Decreto 679 de 1994. El asunto que nos ocupa puede tramitarse por el procedimiento verbal al encontrarse cumplidas las exigencias descritos en el inciso 3 de del artículo 175 del C.D.U, sin que dicha situación procesal implique vulneración al debido proceso o derecho de defensa, aún más cuando gozó de todas las garantías procesales, como quedó registrado en párrafos anteriores. El informe fiscal presentado por la Gerencia de la Contraloría Departamental y con el reconocimiento que hizo el mismo apoderado del actor al señalar que “la falta de la firma es subsanable al tenor del artículo 358 del CPC y que los contratos fueron ejecutados y no hubo necesidad de las pólizas”. Conducta omisiva que se torna disciplinable al tenor de los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de la Ley 734 de 2002 respectivamente, por lo tanto no es cierto que la conducta endilgada no esté descrita como un deber legal y por lo tanto como falta disciplinable. El informe fiscal presentado por la Gerencia de la Contraloría Departamental y con el reconocimiento que hizo el mismo apoderado del actor al señalar que “la falta de la firma es subsanable al tenor del artículo 358 del CPC y que los contratos fueron ejecutados y no hubo necesidad de las pólizas”. Conducta omisiva que se torna disciplinable al tenor de los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de la Ley 734 de 2002 respectivamente, por lo tanto no es cierto que la conducta endilgada no esté descrita como un deber legal y por lo tanto como falta disciplinable. Los actos están debidamente fundamentados en el acervo probatorio allegado, el cual permite concluir la ausencia de pruebas para desvirtuar la legalidad de los actos demandados.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / DECRETO 679 DE 1994 / LEY 734 DE 2002

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C, veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00489-00(1924-11)

Actor: LUIS ALFONSO DÍAZ BARBOSA

Demandado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

SE. 0006

Sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir en única instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la parte demandante contra la Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

El señor **Luis Alfonso Díaz Barbosa**, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que se declare la nulidad¹ de los actos administrativos contenidos en las siguientes decisiones:

- Fallo de primera instancia, proferido el 30 de septiembre de 2008 por la Procuraduría Provincial de Ocaña, mediante el cual fue sancionado disciplinariamente con suspensión por el término de tres meses, convertible en salarios mínimos devengados para la vigencia 2005.
- Fallo de segunda instancia, proferido el 26 de marzo de 2009 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, por medio del cual confirmó la declaratoria de responsabilidad disciplinaria del procesado, y modificó sanción a 2 meses.
- Auto de 13 de agosto de 2009, proferido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal que negó aclarar el fallo de segunda instancia e inhibirse para conocer de una nulidad planteada por el sancionado.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la

¹ Folios 3, 4 y 128 del expediente.

Procuraduría General de la Nación, eliminar del registro y control de sanciones disciplinarias la sanción que le fue impuesta en los fallos enjuiciados y abstenerse de ejecutar la misma, igualmente dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA y por último reconocer y pagar al demandante el valor de las costas y honorarios del abogado, así como el interés enunciado en el artículo 177 ibidem respecto de las sumas líquidas que le sean reconocidas.

Para sustentar las pretensiones aludidas, la parte demandante relató los siguientes **hechos**²:

La presente diligencia se originó con fundamento en la información remitida por el Gerente Departamental de Norte de Santander de la Contraloría General de la República mediante oficio núm. 2880 de 4 de septiembre de 2007, en el que da a conocer el resultado de la auditoria gubernamental con enfoque integral- modalidad especial a los recursos del sistema general de participación del municipio de Ocaña, para las vigencias fiscales de 2004 y 2005.

En dicha diligencia, el ente de control halló una omisión en la aprobación de las garantías presentadas por los contratistas dentro de los contratos número 09 de 2004, 006, 008, 042 y 055 de 2005, irregularidad que conlleva a que el contrato 042 antes citado, se ejecutara pesar de que el término de la garantía respecto del buen manejo del anticipo fuera inferior al pactado.

Con base en la anterior investigación, el 15 de enero de 2008 la Procuraduría Provincial de Ocaña, inició indagación preliminar contra el señor Luis Alfonso Díaz Barbosa, conforme al artículo 150 de la Ley 734 de 2002, al considerar que incurrió en una presunta irregularidad por no legalizar, formalizar y aprobar las pólizas de garantía de unos contratos.

² Folios 4, 5 y 6 del expediente.

El 27 de mayo de 2008 el ente de control formuló pliego de cargos en contra del actor. Así mismo, en el citado auto indicó que el proceso se tramitaría a través del procedimiento verbal, ya que de conformidad con lo autorizado por el inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, están dados los requisitos sustanciales para la formulación de cargos.

Por los anteriores hechos, el 30 de septiembre de 2008 el ente de control declaró responsable disciplinariamente al investigado imponiéndole como sanción suspensión por el término de 3 meses, convertibles en salarios mínimos legales devengados para la vigencia de 2005. Apelada la decisión, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal el 26 de marzo de 2009, modificó la sanción de tres a dos meses.

CONCEPTO DE VIOLACION

Enunció las siguientes normas como vulneradas:

- Artículo 3 de la Constitución Política de Colombia
- Artículo 175 de la Ley 734 de 2002
- Artículos 26 y 41 de la Ley 80 de 1993
- Artículo 18 y su parágrafo del Decreto 679 de 1994
- Artículo 77 del Código Contencioso Administrativo
- Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil

La parte actora sustentó su demanda en los siguientes cargos:

A juicio del accionante los actos acusados vulneran el debido proceso y el derecho de defensa, como quiera que no están dados los requisitos del inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, para tramitar el proceso por el procedimiento verbal.

Al respecto, expuso que las conductas por las cuales procede el trámite del procedimiento verbal se limitan a aquellos casos en que el sujeto sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta, o con elementos,

efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la falta o cuando haya confesión, cuando sea cualquier falta leve o una de las faltas gravísimas contenidas en los numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62 del artículo 48 del Código Único Disciplinario y en el caso concreto ninguna causal se da.

No obstante, la conducta atribuida en los fallos acusados obedeció a la violación de los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de la Ley 734 de 2002 respectivamente, por lo tanto no se encuadra en ninguno de los supuestos aludidos anteriormente para tramitar el asunto bajo el procedimiento verbal; situación que deviene en la nulidad de los actos administrativos.

Igualmente arguye que la conducta por la cual fue sancionado no está definida como deber legal en la ley.

Tras hacer un recuento de las normas atinentes al perfeccionamiento de los contratos estatales y la aprobación de garantías que los amparan, determinó que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una norma que imponga la obligación de aprobar las pólizas de garantía contractuales mediante actos administrativos o con notas en las que conste la fecha de legalización

En ese sentido, manifestó que la aprobación de garantías se entiende surtida de manera tácita con el acta de inicio o ejecución del contrato, ritualidad que sí está prevista en el proceso que rige las actuaciones contractuales.

Finalmente, manifestó que la segunda instancia varió el cargo inicialmente formulado, especialmente en la parte que se refiere a la aprobación de las garantías contractuales cuando hizo referencia que se aprueba mediante nota en la póliza, situación de la cual el actor no tuvo la oportunidad legal de ejercer su derecho de defensa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la entidad demandada contestó oportunamente la demanda oponiéndose a las pretensiones, por los siguientes razonamientos:

La Procuraduría Provincial de Ocaña, actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico, especialmente acorde al artículo 175 de la Ley 734 de 2002 que la faculta para dar trámite al procedimiento verbal cuando estén dados los requisitos sustanciales para formular cargos, como en efecto sucedió en el caso que nos ocupa la atención.

El fallo proferido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal fue plenamente motivado, pues respalda las afirmaciones de primera instancia en lo atinente a la aprobación de pólizas de contratos conforme al artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 18 del Decreto 679 de 1994, que imponen la responsabilidad al contratante de verificar el cumplimiento de requisitos de las garantías pactadas previo a la ejecución de contratos administrativos y en manera alguna consideran el silencio como prenda de aprobación, deber que omitió el investigado al no revisar y aprobar oportunamente las garantías aludidas.

Expresó que los fallos acusados acatan el debido proceso, son claros y precisos, no incurrir en defecto fáctico, las pruebas recaudadas fueron valoradas en debida forma, y en ese sentido afianzan el cargo endilgado. Así mismo, en el fallo que decidió la alzada se dio respuesta a cada uno de los argumentos del recurso.

Señaló que el inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, faculta al ente de control para tramitar el asunto bajo el procedimiento verbal, en tanto se encuentran dados los requisitos sustanciales para la formulación del pliego de cargos, situación que se configuró al encontrarse demostrada objetivamente la falta y existir prueba que comprometía la responsabilidad del disciplinado; por lo anterior, consideró que la investigación disciplinaria adelantada garantizó el debido proceso y la ritualidad del Código Único

Disciplinario.

Propuso como excepción la genérica o innominada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad el ministerio público guardó silencio

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico está orientado a determinar la legalidad de los actos acusados³, expedidos por la Procuraduría General de la Nación por medio de los cuales le fue impuesta a Luis Alfonso Díaz Barbosa, la sanción de suspensión por el término de 3 meses, modificados a 2 convertibles en multa, de conformidad con lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los numerales 1 y 4 *ibidem*.

DEL CONTROL DE LEGALIDAD PRACTICADO POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA A LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016, expediente núm. 1210-11. M.P Dr. William Hernández Gómez, sobre el control judicial integral de las decisiones disciplinarias expresó:

« [...] El control que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce sobre los actos administrativos disciplinarios, es *integral*. Ello, por cuanto la actividad del juez de lo contencioso administrativo supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma

³ Fallo de primera instancia de 30 de septiembre de 2008, proferido por la Procuraduría provincial de Ocaña (Norte de Santander) y 26 de marzo de 2009, expedida por la Procuraduría segunda Delegada para la Contratación Estatal

de los derechos fundamentales.

[...] Respecto a las decisiones proferidas por los titulares de la acción disciplinaria, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que puede ejercerse contra dichos actos, hace las veces del recurso judicial efectivo en los términos de la Convención Americana, por cuanto el control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo implica que puede y debe verificar: (i) La procedencia de la intervención de la jurisdicción contenciosa para examinar el control de decisiones disciplinarias; (ii) la existencia de un control integral y pleno de tales decisiones y de los procedimientos seguidos para el efecto; y, consecuentemente (iii) la posibilidad de la jurisdicción de emprender exámenes sobre la actividad probatoria⁴. [...]

[...] El control judicial de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria, es integral.

Según lo discurrido, ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “*deferencia especial*” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en⁵ el marco que impone la Constitución y la ley. 5) 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. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva. [...]

Ahora bien⁶, el juez de lo contencioso administrativo tiene competencia para examinar todas las causales de nulidad previstas en el artículo 137 de la Ley 1437. Si bien, prima facie, el juicio de legalidad se guía por las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto, que en virtud de la primacía del derecho sustancial, el juez puede y debe examinar aquellas causales conexas con derechos fundamentales, con el fin de optimizar la tutela judicial efectiva, de máxima importancia al tratarse del ejercicio de la función pública disciplinaria que puede afectar de manera especialmente grave el

⁴ Sentencia C-500 de 2014.

derecho fundamental al trabajo, el debido proceso, etc. [...]

[...] En ejercicio del juicio integral, tal y como acontece en el presente caso, el juez de lo contencioso administrativo puede estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria [...].»

Las actuaciones administrativas surtidas dentro del proceso disciplinario, son las que a continuación se relacionan:

El 15 de enero de 2008, la Procuraduría Provincial de Ocaña ordenó la apertura de indagación preliminar con fundamento en el informe allegado por la Contraloría General de la Republica y conforme a lo señalado en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, a fin de verificar la ocurrencia de los hechos, las presuntas irregularidades que pudieron haberse cometido, y determinar si son constitutivas de falta disciplinaria⁷.

Mediante auto del 27 de mayo de 2008, el ente de control dispuso proseguir las diligencias a través del procedimiento verbal y citó a audiencia pública al investigado y le formuló el siguiente cargo:

«LUIS ALFONSO DÍAZ BARBOSA, en su condición de alcalde municipal de Ocaña, Norte de Santander, omitió injustificadamente la aprobación de las garantías presentadas por los contratistas dentro de los contratos No: 09 de 2004; 06; 08; 042 y 055 de 2005, omisión que conllevó a que el contrato 042, antes citado se ejecutara a pesar de que el término de la garantía respecto del buen manejo del anticipo fuera inferior al pactado en el contrato.»

El día 13 de junio de 2008 se dio inicio a la audiencia pública, a la cual no compareció el procesado ni su apoderado, sin embargo, se recibió escrito contentivo de descargos⁸. En la misma diligencia, el ente de control accedió a la práctica de pruebas solicitadas por la parte demandante.

El 12 de septiembre del mismo año se reanudó la audiencia para efectos de que fueran sustentados los alegatos de conclusión por parte del

⁷ Folio 72 del expediente.

⁸ Folio 73 del expediente.

investigado, no obstante, tampoco se hicieron presente el investigado o su apoderado.

El 22 de septiembre de 2008, el disciplinado presentó alegatos de conclusión por escrito⁹.

Finalmente los hechos con llevaron a que se dictara fallo de primera instancia el 30 de septiembre de 2008, por virtud del cual la Procuraduría Provincial de Ocaña, declaró disciplinariamente responsable al señor Luis Alfonso Díaz Barbosa, en su calidad de alcalde municipal de Ocaña. En consecuencia, se le impuso sanción principal de suspensión por el término de 3 meses, al respecto señaló¹⁰.

«Las presentes diligencias nacen ante el informe de hallazgos fiscales con posible incidencia administrativa remite la Contraloría General de la República. En el citado informe se indica haberse detectado la falta de formalización y/o aprobación de las pólizas contentivas de la garantía única en los contratos: No 09 de 2004; 06; 08; 042 y 055 de 2005. Esa falta de aprobación que determina la Contraloría al efectuar el respectivo análisis y así se observa de las copias que de las pólizas fueron adjuntadas al informe, en las cuales no se detecta la firma del señor alcalde municipal de la época, como muestra de la aprobación y de inexistencia de un acto administrativo expreso donde se impartiera la susodicha aprobación. No obstante en las copias que de las pólizas obtuvo el despacho una vez iniciadas las diligencias, procedentes de la alcaldía municipal ya se observaba la firma del burgomaestre, lo cual nos permitió inferir al momento de evaluar las diligencias preliminares, que la firma había sido estampada por el señor alcalde Díaz Barbosa, una vez enterado de las observaciones efectuadas por la Contraloría y es precisamente esa posterior firma, la que de acuerdo a la defensa subsana la omisión, alegando como soporte legal de tal actuación el contenido del artículo 358 del código de procedimiento civil.¹¹

Es claro para el despacho que la aprobación de las pólizas con la firma del entonces alcalde municipal de Ocaña, fue un acto posterior y consecuencia de las observaciones efectuadas por la Contraloría, resultado de la auditoría gubernamental con enfoque integral efectuadas a la administración municipal respecto de las vigencias 2004 y 2005, entre el 2 de mayo al 31 de julio de 2007 tal y como se observa a folio 5. Auditoría dentro de la cual se hicieron algunas observaciones a la Alcaldía Municipal con oficio de fecha 22 de junio de 2007, tal y como se infiere del oficio de respuesta a esas observaciones de fecha 12 de julio del mismo año [...] el cual, la alcaldía específicamente hace alusión a la situación bajo estudio, en la

⁹ Folio 75 del expediente.

¹⁰ Folios 72 a 82 del expediente.

¹¹ Folio 77 del expediente.

observación No 3, manifestando que las garantías sí fueron aprobadas pues cuentan con el visto bueno del ejecutor, situación desmentida por el doctor Cristian Buitrago, Gerente Departamental de la Contraloría y así se observa de las copias que de las pólizas adjuntó a su informe obrantes a los folios 33 a 45, carentes de la firma del entonces alcalde municipal. Si bien las firmas, a modo de aprobación, fueron finalmente estampadas en las pólizas, lo cierto es que ello no se hizo oportunamente, oportunidad que se infiere del contenido del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que en aparte pertinente reza: **“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía...”** esta norma nos indica que las garantías deben aprobarse antes del inicio de la ejecución del contrato, siendo entonces un deber legal impuesto al representante de la entidad contratante hacerlo en esa oportunidad y no a posteriori como lo hizo el hoy disciplinado, con aproximadamente y de acuerdo a lo que puede inferirse de las diligencias, dos años después.

[...] Está entonces plenamente demostrado que el señor Luis Alfonso Díaz Barbosa permitió la ejecución de los contratos Nos 09 de 2004 y 06, 08, 042 y 055 de 2005 sin el requisito previo para la ejecución del objeto consistente en haber aprobado las pólizas. Con esta conducta desconoció como se le indicó en el auto de citación a audiencia pública, el inciso 2° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, con lo que puso en peligro los intereses de la administración pública, ya que si hubiese ocurrido algún incumplimiento por parte de los contratistas, la administración no haría podido reclamar la indemnización a la que tenía derecho por falta de este requisito. Constituye esta inobservancia injustificada de su parte al deber funcional que le estaba encomendado, la antijuridicidad de su conducta.» (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Interpuesto el recurso de apelación en tiempo, el 26 de marzo de 2009 la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal confirmó parcialmente la decisión anterior, en efecto consideró¹²:

« Primero: De la aplicación del procedimiento verbal a las presentes diligencias

[...] El inciso 3° del Artículo 175 del Código Disciplinario Único indica que: “En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.” En tal sentido, estima esta delegada que en una correcta interpretación de la norma en cita, la aplicación del proceso disciplinario verbal es procedente, además de lo dispuesto por los incisos 1° y 2° del artículo 175 ibidem, cuando al momento de valorar la posibilidad de proferir auto de apertura de investigación disciplinaria, se encuentran dados aquellos requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos, es decir, que esté demostrada objetivamente la falta y exista prueba que comprometa

¹² Folios 83 a 90 del expediente.

la responsabilidad del investigado.

[...] Para el caso en cita, si una vez llegado el momento para que el A quo resolviera sobre la apertura de la investigación disciplinaria, encontró que estaban dados los requisitos sustanciales para la formulación del pliego de cargos, entonces era dable seguir el trámite del presente proceso a través del procedimiento verbal, ya que a juicio de este despacho, en ese momento procesal sí estaba demostrada objetivamente la falta y existía prueba que comprometía la responsabilidad del aquí disciplinado.

[...] Tercero: De la aprobación de las pólizas de los contratos estatales

Los amparos que cubren los riesgos que corresponden a las obligaciones y prestaciones del contrato estatal se encuentran establecidos en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994; allí se enuncian entre otros, el anticipo, el cumplimiento del contrato –lo que comprende el pago de multas cláusula penal, retardos-, la estabilidad de la obra y la calidad del bien o servicio.

Una vez constituida la respectiva garantía, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 expresa que su aprobación es un requisito para la ejecución del contrato administrativo, y dicha aprobación se realizará con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato (artículo 18 del Decreto 679 de 1994). Es decir, un contrato no puede empezar a ejecutarse, si no se ha impartido las aprobaciones a las pólizas otorgadas por el contratista.

[...] Entonces, materialmente al momento de aprobar una garantía, el responsable de dicha obligación debe verificar, entre otras cosas que la póliza esté acompañada de los recibos de pago por la prima de la garantía, que los valores asegurados coincidan con los que se exigieron en el contrato, así como su vigencia; verificar que estén identificados plenamente el tomador y el beneficiario, y que vengan adjuntas las condiciones generales de la póliza. Sólo con la certeza que brinda este análisis, se puede tener la seguridad que no se causarán perjuicios al ente estatal.

De tal manera, una vez revisada la póliza, sus anexos (condiciones generales) y su contenido y si está de acuerdo con lo exigido, se impartirá la aprobación correspondiente, lo cual no necesariamente debe ser a través de un acto administrativo independiente de dicho documento, sino que puede manifestar con una nota de aprobación en la póliza correspondiente, la cual debe estar debidamente firmada por el ordenador del gasto expresando su fecha de aprobación. No se puede considerar que una mera firma, sin fecha y sin expresar el sentido de aprobación pueda suplir el requisito del cual habla el artículo 18 del Decreto 679 de 1994 – máxime si se tiene que la firma del beneficiario es un requisito para hacer efectivas las

garantías, lo cual es sustancialmente diferente al requisito de su aprobación previa-. Con esto, no se pretende indicar que existan requisitos adicionales a los que habla la norma en cita para efectos de aprobación de garantías, pero lo que sí debe hacer la administración es por lo menos manifestar su voluntad expresa e inequívoca a efectos de aprobar la póliza. En manera alguna guardar silencio al respecto puede ser traducido como prenda de aprobación, según pretende hacerlo ver el apoderado del disciplinado, tal como se verá a continuación.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se observa que para ninguno de los contratos en análisis se impartió la aprobación de las pólizas tomadas por los contratos de manera previa a la ejecución del contrato, tal como lo exige el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, aprobación que no puede ser remediada con la firma que imponga el ordenador del gasto de manera posterior a la ejecución del contrato [...]»

De las pruebas valoradas dentro de la investigación disciplinaria.

Documentales.

Informe de auditoría gubernamental con enfoque integral y modalidad especial a los recursos del sistema general de participaciones del Municipio de Ocaña, Norte de Santander – vigencias fiscales 2004 y 2005, de 4 de septiembre de 2007, en el cual se detectó la falta de formalización y/o aprobación de las pólizas contentivas de la garantía única en los contratos número 09 de 2004; 06; 08; 042 y 055 de 2005, falta de aprobación que se determina en las copias que de las pólizas fueron adjuntadas al informe, en las cuales no se aprecia la firma del señor alcalde municipal de la época, como muestra de la aprobación y de inexistencia de un acto administrativo expreso donde se impartiera la aprobación. No obstante en las copias que de las pólizas obtuvo el despacho una vez iniciadas las diligencias, procedentes de la Alcaldía Municipal ya se observaba la firma del burgomaestre, lo que permitió inferir, que la rubrica fue estampada por el alcalde Díaz Barbosa, una vez enterado de las observaciones efectuadas por la Contraloría (folio 3 al 33 cuaderno principal).

Copia de la póliza única de seguro de cumplimiento número 657123 a favor de las entidades estatales, para cubrir los riesgos del contrato suscrito el 21

de octubre de 2005, expedida el 8 de noviembre de 2005, cuyo afianzado es Ever Leonardo Ramírez Arias, sin constancia de aprobación (folio 33).

Copia de la póliza de responsabilidad civil extracontractual número 657123, cuyo afianzado es Ever Leonardo Ramírez Arias, sin constancia de aprobación (folio 34).

Copia de la póliza única de seguro de cumplimiento número 657114 a favor de las entidades estatales, para cubrir los riesgos del contrato suscrito el 21 de octubre de 2005, expedida el 8 de noviembre de 2005, cuyo afianzado es Ever Leonardo Ramírez Arias, sin constancia de aprobación (folio35)

Copia de la póliza número 2506000117503 de 6 de diciembre de 2005, cuyo tomador es el Consorcio Plan Maestro Ocaña, sin constancia de aprobación (folio 41 y 42)

Copia de la póliza número 2506000767201 de 6 de diciembre de 2005, cuyo tomador es el Consorcio Plan Maestro Ocaña, sin constancia de aprobación (folio 45 cuaderno principal).

Contrato de obra número 6 del 21 de octubre de 2005, suscrito entre la Alcaldía Municipal de Ocaña y Ever Leonardo Ramírez Arias (folio 71 a 77 cuaderno principal)

Copia de la póliza número 657123, expedida por Liberty Seguros S.A el 8 de noviembre de 2005, firmada por el Alcalde Municipal (folio 78)

Copia de la póliza número 108191, expedida por Liberty Seguros S.A el 8 de noviembre de 2005, firmada por el Alcalde Municipal (folio 79 cuaderno principal)

Contrato de obra número 8 del 21 de octubre de 2005, suscrito entre la Alcaldía Municipal de Ocaña y Camilo Ernesto Jácome Navarro (folio 80 a 86).

Copia de la póliza número 657114, expedida por Liberty Seguros S.A el 8 de noviembre de 2005, firmada por el alcalde municipal (folio 87).

Copia de la póliza número 108190, expedida por Liberty Seguros S.A el 8 de noviembre de 2005, firmada por el alcalde municipal (folio 75 cuaderno principal).

Contrato de prestación de servicios número 42 de 6 de diciembre de 2006, suscrito entre la Alcaldía Municipal de Ocaña y Ramón Antonio Rincón (folio 89).

Copia de la póliza expedida por Liberty Seguros S.A el 6 de diciembre de 2005, cuyo tomador es Ramón Antonio Rincón Barbosa, firmada por el alcalde municipal (folio 90 cuaderno principal).

Contrato de obra número 9 del 10 de diciembre de 2004, suscrito entre la Alcaldía Municipal de Ocaña y Camilo Ernesto Jácome (folios 93 a 99 cuaderno principal).

Copia de la póliza número 500667, expedida por Liberty Seguros S.A el 28 de diciembre de 2004, firmada por el alcalde municipal (folio 100 c.p).

Copia de la póliza número 79753, expedida por Liberty Seguros S.A el 28 de noviembre de 2005, firmada por el alcalde municipal (folio 101).

Copia de la respuesta al oficio AESGPPGO 80542-001 2101 de 22 de junio de 2007, enviada por la Alcaldía Municipal de Ocaña al Líder de la Auditoría de la Gerencia Departamental de Norte de Santander de la Contraloría General de la República (104 a 107 c.p).

Copia del contrato 55 del 18 de noviembre de 2005, suscrito entre la Alcaldía Municipal de Ocaña e Iván Javier Gelvez Ramírez (folio 110 a 114 c.p).

Copia de la póliza expedida por Agrícola de Seguros el 6 de diciembre de 2005, cuyo afianzado es el Consorcio Plan Maestro Ocaña, sin suscribir por el alcalde municipal (folio 120 a 121 c.p).

Copia de la póliza expedida por Agrícola de Seguros el 12 de diciembre de 2005, cuyo afianzado es el Consorcio Plan Maestro Ocaña, sin suscribir por el alcalde municipal (folios 191 a 193 c.p).

Luego de haber hecho el anterior recuento, le incumbe a la Sala entrar a resolver sobre el fondo del asunto, así:

Previo a solucionar el inconformismo planteado es oportuno transcribir el artículo 29 de la Constitución Política así:

«El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.»

A su turno el artículo 6 de la Ley 734 de 2002 sobre el debido proceso textualmente expresa:

«El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.»

Así mismo el artículo 17 *ibidem* señala respecto del derecho de defensa lo

siguiente:

«Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.»

La Corte Constitucional en sentencia C-341/91 M.P Dr. Mauricio González Cuervo, acerca del debido proceso señala:

«La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.»

Bajo esta tesitura lo pretendido por el legislador es que los sujetos procesales gocen de todas las garantías procesales consagradas en el ordenamiento jurídico, con el fin de que ejerzan su derecho de defensa y contradicción dentro de parámetros de respeto constitucional y legal durante el desarrollo de la actuación administrativa o judicial.

Del caso concreto.

A juicio del accionante los actos acusados vulneran el debido proceso y el derecho de defensa, como quiera que no están dados los requisitos del inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, para tramitar el proceso por el verbal.

Adujo que la conducta atribuida en los fallos acusados obedeció a la violación de los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de la Ley 734 de 2002 respectivamente, por lo tanto no encuadra en ninguno de los numerales aludidos por el artículo 48 *ibidem* para tramitar el asunto bajo el procedimiento verbal; situación que deviene en la nulidad de los actos administrativos.

DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO VERBAL

A efecto de resolver el inconformismo planteado, la Sala en primer lugar, considera oportuno traer a referencia el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, el cual establece las **causales que permiten adelantar la actuación disciplinaria a través del procedimiento verbal**, así:

«**Artículo 175.** Aplicación del procedimiento verbal. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.» (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con la norma expuesta, en cualquier caso se citará a audiencia (es decir, se podrá iniciar el trámite del proceso verbal) siempre y cuando se cumplan los requisitos sustanciales de la citada norma y estén dados los elementos objetivos para proferir pliego de cargos; para lo cual, vale precisar que son: (i) la demostración objetiva de la falta y (ii) la existencia de prueba que comprometa la responsabilidad del investigado, de conformidad con el artículo 161 del Código Único Disciplinario.

Al respecto, en sentencia C-242 de 2010 la Corte Constitucional evaluó la validez del inciso 3 del artículo 175 del CUD, en la que determinó que la norma concuerda con el debido proceso y los principios de celeridad, eficiencia y economía¹³ que deben obedecerse en cualquier proceso con fundamento en las siguientes consideraciones:

¹³ Sentencia C-370 de 2012.

«[...]Desde el comienzo es claro para el funcionario encartado que, de existir prueba fehaciente de la configuración de la falta, podrá aplicarse el procedimiento verbal; en modo alguno se le sume en la incertidumbre jurídica-procesal, pues de antemano –inciso tercero del artículo 175 citado– sabe que ante la existencia de mérito en los elementos de prueba sobre la configuración de la falta y su eventual responsabilidad, el trámite a seguir es el procedimiento verbal. [...]

[...]Para decirlo en otros términos: la aplicación del proceso ordinario con aspectos del procedimiento verbal que existe en virtud de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, no queda al albur de la autoridad disciplinaria. Es decir, no es la autoridad disciplinaria –como lo era el Procurador en el caso del inciso cuarto declarado inexecutable–, quien determina de manera subjetiva los casos en que se ha de aplicar o no el procedimiento verbal. El mismo inciso tercero, esto es, la misma Ley, plantea unas exigencias concretas sin cumplimiento de las cuales no podría citarse a audiencia. Y ello compagina con el resto de circunstancias en presencia de las cuales tiene aplicación el procedimiento verbal: permitir a la autoridad disciplinaria aplicar un procedimiento más ágil y rápido cuando quiera que disponga del material probatorio suficiente para otorgar un grado amplio de certeza a la existencia de la falta disciplinaria.

Lo anterior se infiere, como ya lo anotó la Sala, de lo establecido en los otros incisos del artículo 175 con sustento en los cuales el procedimiento verbal se aplica en casos en que no queda duda de la configuración de la falta, sea porque se presentó flagrancia o confesión o se trata de falta leve o de las faltas gravísimas previstas taxativamente en el inciso segundo. En los casos de faltas graves o gravísimas no previstas en el inciso segundo del artículo 175 -casos respecto de los cuales opera la aplicación del inciso demandado- resulta por entero imprescindible que estén dadas **exigencias probatorias objetivas** para que pueda citarse a audiencia: cuando: (i) esté objetivamente demostrada la falta y (ii) existe prueba que comprometa la responsabilidad del investigado¹⁴. No hay tal vacío que permita al operador jurídico decidir de manera subjetiva o arbitraria y tampoco resulta ser un procedimiento extralegal el que se aplica ni basado en la mera liberalidad del funcionario investido de autoridad disciplinaria.»

En otras palabras, de la interpretación acogida en la sentencia aludida, se entiende que cada una de las situaciones descritas en el artículo 175 del CUD son autónomas, por lo que solamente es necesario que se configure alguna para dar curso al procedimiento verbal disciplinario.

De la misma forma, la Sección Segunda de esta Corporación ha reiterado

¹⁴ “ARTÍCULO 162. PROCEDENCIA DE LA DECISIÓN DE CARGOS. El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno”.

que¹⁵ las causales para dar curso al procedimiento verbal disciplinario son las 5 posibilidades enunciadas en el artículo aludido; además, que el cambio de procedimiento del ordinario al verbal, siempre y cuando obedezca a una de las causales referidas, no implica la vulneración al debido proceso en tanto que se le garantizan las oportunidades procesales para ejercer su defensa en el marco de un proceso más ágil.

En el caso particular está probado, que el señor Luis Alfonso Díaz Barbosa, alcalde municipal de Ocaña, omitió injustificadamente la aprobación de las garantías (pólizas) presentadas por los contratistas dentro de los contratos núm. 09 de 2004; 06; 08; 042 y 055 de 2005, negligencia que con llevó a que el contrato 042 de 2005, se ejecutara a pesar de que el término de la garantía respecto del buen manejo del anticipo fuera inferior al pactado en el contrato, vulnerando con ello, los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, 17 y 18 del Decreto 679 de 1994, normas que indican que las garantías deben ser aprobadas antes del inicio de la ejecución del contrato y por el valor del mismo, siendo así, un deber legal impuesto al jefe de la administración municipal para verificar en esta oportunidad procesal y no en otra, comportamiento que está descrito como falta disciplinaria en los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de la Ley 734 de 2002, como en efecto lo consideró el ente de control en los actos enjuiciados.

El inciso 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 vigente para la época de los hechos señalaba sobre la ejecución de pólizas que: «para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.»

¹⁵ Sentencia del 18 de febrero de 2016, radicación número: 11001-03-25-000-2011-00276-00(0986-11), Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 29 de junio de 2017, radicación número: 66001-23-33-000-2014-00040-01(3971-2015), Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 29 de julio de 2017, radicación número: 13001-23-31-000-2005-01846-02(0541-12), Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

Así mismo, el artículo 18¹⁶ del Decreto 679 de 1994 **vigente para la época de los hechos** expresaba que: « [...] la entidad estatal contratante sólo aprobará la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en el presente decreto [...]», norma aplicable específicamente para la garantía única de cumplimiento de los contratos.

Esta Corporación en sentencia de 11 de diciembre de 2002, expediente núm. 22511. M.P Dra. María Elena Giraldo Gómez, sobre el tema expresó:

«[...] el decreto reglamentario citado señala cómo debe proceder la Administración para evaluar la suficiencia de las garantías, de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas; los riesgos que se pueden incluir en el contrato de seguro para ser amparados; las reglas que se deben tener en cuenta para evaluar la suficiencia de las garantías; la vigencia de los amparos de estabilidad según el caso; la determinación por parte de la Entidad sobre el término del amparo de estabilidad, según la naturaleza del contrato; la carga del contratista en reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectada por razón de siniestros y la aprobación de la garantía única (arts. 17 y 18).

Esas situaciones relativas al traslado de ciertos riesgos al asegurador que hace el tomador (contratista de la Administración) hasta el monto asegurado; la asunción de esos riesgos por el asegurador y la aprobación administrativa de esa garantía, están autorizadas y reguladas por la ley. En efecto, la Ley 80 de 1993 al respecto,

- Autoriza, para los efectos referidos, que el contratista de la Administración prestará garantía única, es decir que deberá trasladar los riesgos antes indicados a un tercero (inc. 1 numeral 19 art. 25).
- Exige que la garantía única prestada por el contratista deba ser aprobada por la Administración contratante (inc. 1 art. 41 ibídem y arts. 17 y 18 del decreto reglamentario 679 de 1994).

Por tanto cuando la Administración aprueba la garantía prestada por su contratista significa que cuando en el futuro acaezca el riesgo asegurado y ella reconozca en acto administrativo la existencia del siniestro podrá exigir al asegurador, la indemnización hasta el monto asegurado.»

Deber legal que fue omitido por el actor y el cual quedó claramente demostrado con el informe fiscal realizado por la Contraloría, al Municipio de Ocaña, Norte de Santander – Vigencias fiscales 2004 y 2005 el 4 de

¹⁶ Derogado mediante el artículo 23 del Decreto Nacional 4828 de 2008

septiembre de 2007 y con las copias de las pólizas correspondientes a la garantía única de los ya mencionados contratos, documentos que también quedan cuenta que la firma del señor Díaz Barbosa fue impuesta con posterioridad a la advertencia fiscal que hiciera la Contraloría.

Ahora bien, respecto a que la conducta por la que se sancionó al actor no está consagrada en los numerales del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, para iniciar la acción disciplinaria por el procedimiento verbal.

La Sala no comparte tal apreciación, como quiera que el auto de cargos proferido el 27 de mayo de 2008 es claro en señalar que la situación bajo estudio se halla descrita en el inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002. Análisis que en esta ocasión es compartido por esta Sala, toda vez que del informe rendido por la Contraloría se aprecia objetivamente que el actor incurrió en una conducta disciplinable y por lo tanto están dadas las circunstancias fácticas y jurídicas para proferir pliego de cargos al tenor de los artículos 161 y 162 *ibidem*, indistintamente de que la conducta haya sido tipificada como falta disciplinaria en los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de e jusdem; por tanto siguiendo la línea jurisprudencial atrás referida las causales descritas en el artículo 175 son independientes y autónomas, solo basta que una de ellas se de para iniciar la actuación bajo el procedimiento verbal.

En este entendido el asunto que nos ocupa puede tramitarse por el procedimiento verbal al encontrarse cumplidas las exigencias descritos en el inciso 3 de del artículo 175 del C.D.U, sin que dicha situación procesal implique vulneración al debido proceso o derecho de defensa, aún más cuando gozó de todas las garantías procesales, como quedó registrado en párrafos anteriores.

En ese orden de ideas, el argumento del demandante en relación a la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso por haberse tramitado la investigación a través del procedimiento verbal no está llamado a prosperar.

Otro inconformismo lo hace consistir en que la conducta por la cual fue sancionado no está definida en la ley como deber legal.

Señala el actor que tras hacer un recuento de las normas atinentes al perfeccionamiento de los contratos estatales y la aprobación de garantías que los amparan, no existe disposición alguna que imponga el deber funcional de aprobar las pólizas mediante actos administrativos o con notas en las que conste la fecha.

En ese sentido, manifestó que la aprobación de garantías se entiende surtida de manera tácita con el acta de inicio o ejecución del contrato, ritualidad que sí está prevista en el proceso que rige las actuaciones contractuales.

De la aprobación de las pólizas en los contratos estatales

La ley ha previsto que el Estado tenga garantizado a través de pólizas el cumplimiento y pago de perjuicios que llegaren a ocasionar la ejecución de contratos, por lo tanto la aprobación de las pólizas se debe realizar antes de iniciarse la ejecución del contrato, es decir, un contrato no puede empezarse a ejecutar, si no se han impartido las aprobaciones a las pólizas otorgadas por el contratista.

Así las cosas, el responsable de aprobar las pólizas de garantía debe verificar, entre otras cosas, que la misma esté acompañada de los recibos de pago por la prima de garantía, que los valores asegurados coincida con los exigidos en el contrato, así como su vigencia, verificar que esté plenamente identificado el tomador y el beneficiario. De tal manera que una vez revisada la póliza y sus anexos permita impartirle aprobación, la cual no necesariamente debe ser por acto administrativo, sino que puede manifestarse con una nota clara en el mismo cuerpo de la póliza, pero es necesario que esté debidamente firmada por el ordenador del gasto expresando su fecha de aprobación, situación que en efecto es la que se echa de menos en el

caso bajo análisis, pues de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se observa que para ninguno de los contratos se impartió la aprobación de las pólizas tomada por los contratistas en estos términos, tal y como lo exigen las normas en cita.

Pues los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, 17 y 18 del Decreto 679 de 1994, expresan que su aprobación es un requisito para la ejecución del contrato administrativo y dicha sujeción se debe realizar conforme a lo previsto en el mismo contrato.

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 expresa que: « para la ejecución (de los contratos) se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes.....».

En los mismos términos se refieren los artículos 17 y 18 del Decreto 679 de 1994¹⁷, vigente para la época de los hechos, los cuales enunciaban que:

« [...] **Artículo 17°.** De los riesgos que debe cobijar la garantía única. La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas.

Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.

La garantía de salarios y prestaciones sociales del personal que el contratista emplee en el país para la ejecución del contrato se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los cuales de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para evaluar la suficiencia de las garantías se aplicarán las siguientes reglas:

a. El valor del amparo de anticipo o pago anticipado deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista

¹⁷ Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008

reciba a título de anticipo pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo;

b. El valor del amparo de cumplimiento no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al 10% del valor del contrato;

c. El valor del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones será igual cuando menos al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el término de vigencia del contrato y tres años más;

d. El valor de los amparos de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos, ha de determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato con referencia en lo pertinente al valor final de las obras, buen servicio contratado u objeto del contrato.

La vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios deberá cubrir cuando menos por el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta, por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios.

El término del amparo de estabilidad de la obra lo determinará la entidad según la naturaleza del contrato y no será inferior a cinco años. La garantía de cumplimiento garantizará también el cumplimiento de las obligaciones de transferencia de conocimientos y de tecnología, cuando en el contrato se hayan previsto tales obligaciones.

El Contratista deberá reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectada por razón de siniestros.

De igual manera en cualquier evento en que se aumente el valor del contrato o se prorrogue su vigencia deberá ampliarse o prorrogarse la correspondiente garantía.

Parágrafo.- No obstante lo dispuesto en este artículo, el Gobierno podrá autorizar en casos excepcionales que la garantía única tenga una cobertura inferior a los mínimos previstos en este artículo.

Artículo 18°.- De la aprobación de la garantía única. La entidad estatal contratante sólo aprobará la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en el presente Decreto.

La entidad estatal contratante al aprobar la garantía deberá abstenerse, en todo caso de emplear prácticas discriminatorias.

Parágrafo.- Cuando de acuerdo con certificación expedida por la Superintendencia Bancaria, con base en la información que dicha entidad posea, en el mercado no se ofrezcan garantías que cubran la totalidad de la vigencia de un contrato de concesión, la entidad contratante podrá aprobar una garantía por un término inferior, siempre y cuando el contratista se obligue a obtener la prórroga de la misma con la anticipación al vencimiento que la entidad contratante estime conveniente.

Si el Contratista no prorroga la garantía se aplicarán las sanciones contractuales a que haya lugar y se hará efectivo el amparo de cumplimiento por el monto fijado en los pliegos de condiciones. A falta de determinación en los mismos, el amparo se hará efectivo por un valor equivalente a la cuantía de la garantía de seriedad de la propuesta, previa disminución proporcional al tiempo transcurrido de la

concesión. En todo caso el valor del amparo no podrá ser inferior al cincuenta por ciento del valor de la garantía de seriedad [...] ».

En este sentido y al estar probado que el señor Luis Alfonso Díaz Barbosa alcalde municipal de Ocaña, no impartió aprobación por ningún medio a las pólizas que amparaban el cumplimiento de los citados contratos, incumplió los deberes funcionales encomendados en los artículos atrás mencionados, que hacen relación a la aprobación de pólizas de garantía en los procesos contractuales, con lo cual puso en peligro el patrimonio público, por lo que es clara la ilicitud sustancial de su conducta al tenor del artículo 5 de la Ley 734 de 2002.

Hecho que quedó probado con el informe fiscal presentado por la Gerencia de la Contraloría Departamental y con el reconocimiento que hizo el mismo apoderado del actor al señalar que *“la falta de la firma es subsanable al tenor del artículo 358 del CPC y que los contratos fueron ejecutados y no hubo necesidad de las pólizas”*. Conducta omisiva que se torna disciplinable al tenor de los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de la Ley 734 de 2002 respectivamente, por lo tanto no es cierto que la conducta endilgada no esté descrita como un deber legal y por lo tanto como falta disciplinable.

En suma, no es cierto que la aprobación de garantías se entiende surtida de manera tácita con el acta de inicio o ejecución del contrato, como erradamente lo señala el actor.

Por lo tanto el cargo no está llamado a prosperar

Finalmente adujo la variación del cargo en segunda instancia

Con el objeto de dar plena certeza del cargo que le fue atribuido al demandante en la primera instancia disciplinaria, se transcribe el siguiente aparte del acta de diligencia de audiencia pública celebrada el 30 de septiembre de 2008:

«**TERCERO:** Al señor Díaz Barbosa se le elevó el respectivo cargo en los siguientes términos: **LUÍS ALFONSO DÍAZ BARBOSA**, en su condición de **Alcalde Municipal de Ocaña, Norte de Santander**, omitió injustificadamente la aprobación de las garantías presentadas por los contratistas dentro de los contratos No. 09 de 2004; 06; 08; 042 y 055 de 2005, omisión que conllevó que el contrato No. 042, antes citado se ejecutara a pesar de que el término de la garantía respecto del buen manejo del anticipo, fuera inferior al pactado en el contrato.¹⁸»

Por su parte y aunado a lo transcrito para el cargo anterior, el fallo de 26 de marzo de 2009 anotó lo siguiente:

«En tal sentido, considera este Despacho que el señor LUIS ALFONSO DIAZ BARBOSA al haber omitido la revisión y aprobación oportuna de las garantías prestadas por los contratistas, puso en riesgo los intereses de la administración, toda vez que no verificó a efectos de tener certeza que los amparos fueran los que se exigieron al momento de la suscripción del contrato estatal. [...]»¹⁹

De lo cual concluyó que

«El cargo elevado contra LUIS ALFONSO DÍAZ BARBOSA está llamado a prosperar parcialmente, tal como se expuso anteriormente, pues se demostró en el plenario la omisión del disciplinado en cuanto al actuar bajo la observancia del principio de responsabilidad, por cuanto era su deber aprobar las garantías presentadas por los contratistas dentro de los contratos No. 9 de 2004, 06, 08, 042 y 055 de 2005, sin haberlo hecho, incurriendo en la conducta descrita como falta disciplinaria en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 tal y como quedó señalado en el Pliego de Cargos [...]»²⁰

En ese orden de ideas, se aprecia que el cargo atribuido al actor durante el desarrollo del proceso disciplinario fue la omisión en la aprobación de garantías, sin que se presentara variación en la segunda instancia, coexistiendo unidad objetiva de análisis entre las instancias procesales sobre un mismo cargo, tal y como se prueba con los textos transcritos por las instancias y su estudio, pues si en determinado caso la segunda instancia realizó un examen más amplio sobre la omisión en la aprobación de pólizas respecto de los contratos, ello no significa variación o cambios sustantivos en la formulación inicial del cargo, menos vulneración a las garantías procesales, en especial al debido proceso y derecho de defensa. Probado

¹⁸ Folio 72 del expediente.

¹⁹ Folio 88 del expediente.

²⁰ Folio 89 del expediente.

está que el actor presentó descargos, pruebas, las controvertió, alegatos de conclusión, hizo uso de los recursos de ley, en ejercicio de su derechos procesales.

La Corte Constitucional en sentencia T-1093 de 2004. M.P. Dr. Manuel José Cepeda, sobre la variación del pliego de cargos expresó:

«No viola el derecho de defensa de quien es investigado disciplinariamente el que la autoridad llamada a adoptar una decisión sobre el mérito de la investigación disciplinaria pueda variar la calificación jurídica de la conducta efectuada en el pliego de cargos del respectivo proceso, siempre que el investigado haya tenido la oportunidad efectiva y plena de ejercer su derecho de defensa respecto de los elementos de su comportamiento por los cuales se le sancionó. Impedir que dicha autoridad disciplinaria adecue, precise o modifique las apreciaciones efectuadas al iniciar el proceso, con base en los elementos de juicio que se hayan recolectado durante la investigación, equivaldría a trastocar la estructura del proceso disciplinario y las garantías más básicas de quienes son objeto de esta manifestación del ius puniendi del Estado, entre ellas la presunción de inocencia, que como ha indicado esta Corte, es una de las garantías procesales de mayor importancia en este campo. Por otra parte, frente al fallo disciplinario que resuelva el fondo del proceso existen los recursos establecidos por la ley para que los afectados hagan efectivo su derecho de defensa».

Bajo ese entendido los actos están debidamente fundamentados en el acervo probatorio allegado, el cual permite concluir la ausencia de pruebas para desvirtuar la legalidad de los actos demandados.

Para la Sala los actos acusados se tramitaron con absoluto respeto de las garantías constitucionales y legales que lo gobiernan, la demandada le brindó al petente la oportunidad de presentar descargos, controvertir las aportadas, se escuchó en versión libre y espontánea, conoció de las decisiones proferidas al interior del proceso, indagó lo favorable y lo desfavorable, sin que lograra desvirtuar su responsabilidad en los hechos materia de investigación.

En consecuencia, se denegarán las pretensiones invocadas por el señor Luis Alfonso Diaz Barbosa contra la Procuraduría General de la Nación.

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

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Luis Alfonso Diaz Barbosa, contra la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, archívese el expediente.

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GOMEZ
VARGAS**

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ