

**PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN MATERIA DISCIPLINARIA – Aplicación.
Presupuestos**

Doctrinal y jurisprudencialmente se tiene dicho que el principio “*non bis in ídem*” envuelve tres presupuestos, a saber: identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa o, como se les conoce por su expresión latina, *eadem persona*, *eadem res* y *eadem causa*. Si bien es cierto que en la actuación adelantada por la Procuraduría Departamental de Cundinamarca, uno de los puntos objeto de verificación era la celebración de contratos, por parte de quien es hoy actor (Director Administrativo (E) del Senado de la República), sin atender supuestamente el principio de transparencia de que habla la ley 80 de 1993, también lo es que esa determinada denuncia, “*por carecer de precisión*”, fue archivada definitivamente. Encuentra la Sala que el hecho de que esa investigación reseñada tenga con la que ahora es centro de reproche jurisdiccional, identidad de persona (demandante en su calidad de Director Administrativo (E) del Senado de la República) y objeto (reproche disciplinario), no configura *per se* vulneración del principio “*non bis in ídem*”, pues en una y otra actuación el motivo que las originó fue distinto (identidad de causa). En efecto, en la investigación de la Procuraduría Departamental de Cundinamarca el motivo fue general e impreciso (denuncia anónima - celebración de contratos sin atender el principio de transparencia de que habla la ley 80 de 1993) hecho que condujo a su archivo, y en la que se enjuicia (celebración de los contratos 046 y 056 de 9 y 24 de marzo y 085 de 9 de mayo de 1994, sin atender los principios rectores de la ley 80 de 1993), la causa fue completamente detallada y pormenorizada. Así las cosas, por no existir identidad de causa en las actuaciones aludidas, no existe la vulneración del principio “*non bis in ídem*”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-08)

Actor: EMILIO OTERO DAJUD

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de diciembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Emilio Otero Dajud, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita que se declare la nulidad de las providencias de 15 de febrero de 1996 y 27 de noviembre de 1998, proferidas por la Procuraduría General de la Nación, a través de las cuales fue sancionado con suspensión de noventa (90) días en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración.

A título de restablecimiento del derecho reclama que se condene a la Procuraduría General de la Nación a que restituya sus derechos, con la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados.

El actor, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, relata que se le inició, en su condición de Director Administrativo (E) del Senado de la República, una investigación disciplinaria por la celebración de los contratos 046 y 056 de 9 y 24 de marzo y 085 de 9 de mayo de 1994, sin atender, supuestamente, los principios rectores de la ley 80 de 1993.

Precisa que la providencia cuestionada de 15 de febrero de 1996, lo sancionó, en principio, con la destitución y la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco (5) años. Decisión que por su severidad, fue inmediatamente apelada.

Aclara que la providencia enjuiciada de 27 de noviembre de 1998, resolvió el recurso impetrado, imponiendo la sanción de suspensión de noventa (90) días en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración, en reemplazo de la destitución e inhabilidad aludidas.

Enfatiza que las anomalías que puso de presente en el trámite del proceso disciplinario, buscaban velar por el estricto cumplimiento del debido proceso y no por la validación de algunas pruebas que, incluso, ya eran parte de la investigación.

Advierte que como la Procuraduría Departamental de Cundinamarca ya había adelantado una indagación preliminar por la misma causa (*“En el desempeño del mencionado cargo, director (sic) Administrativo contrató con diferentes proveedores que surten el Senado y adjudicó licitaciones al mejor postor, olvidando el principio de transparencia de que habla la Ley 80 de 1993”*), la cual terminó con el archivo definitivo de las diligencias (11 de marzo de 1997), la Procuraduría General de la Nación *“no podía pronunciarse sobre los mismos hechos y causas, puesto que estaría transgrediendo el principio de NON BIS IN ÍDEM, o lo que es lo mismo NO DOS VECES POR LO MISMO”* (fl. 286 cdno ppal).

Considera que como los temas de fondo de la investigación eran economía y sobrecostos, dentro del ámbito de la gestión fiscal del servidor público, necesariamente la entidad autorizada para abordarlos era la Contraloría General de la República (artículo 119 de la Constitución Política) y no la Procuraduría General de la Nación.

Aduce que la Contraloría General de la República, dentro del marco de su competencia y a través del fallo 0819 de 28 de agosto de 1996, estableció que no era responsable fiscal de los hechos objeto de investigación disciplinaria.

Recalca que por no existir una reglamentación especial para la contratación directa con anterioridad al 28 de abril de 1994, no era obligatorio el cumplimiento de las previsiones de la ley 80 de 1993. Explica que desde esa fecha reseñada hasta el 13 de mayo de 1994, si existía, por virtud del decreto 855 de la misma anualidad, el deber de cumplir con los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

Puntualiza que para la época en que se adjudicaron los contratos investigados, no se encontraba vigente el reglamento de la contratación directa y, por ende, la exigencia de observar los principios aludidos.

Asevera que no debió ser sancionado disciplinariamente, por cuanto la conducta desplegada en ejercicio del cargo de Director Administrativo (E) del Senado de la República *“no trasgredió el ámbito de las funciones propias del mismo, tal como así fue aceptado por la Contraloría dentro del juicio fiscal adelantado y la Fiscalía General de la Nación”* (fl. 291 cdno ppal).

Insiste en que 488 folios que fueron aportados por otro investigado a la Contraloría General de la República (Oliva Hernández Landazabal) y que lograron desvirtuar los cargos imputados por esa entidad, no fueron remitidos, a pesar de haberse hecho ese requerimiento a la Procuraduría General de la Nación.

Afirma que el procedimiento de selección objetiva no se eludió, sino que se cumplió exageradamente; que él y los demás miembros de la Junta de Licitaciones realizaron todas las gestiones necesarias para recomendar la mejor propuesta; y que los supuestos sobrecostos no se encuentran demostrados.

NORMATIVA PRESUNTAMENTE VULNERADA

Considera vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 29, 119, 121, 271, 277 (numerales 1º, 6º) de la Constitución Política; 24 (numeral 1º. a) de la ley 80 de 1993; 8º del decreto 482 de 1985, 5º, 6º y 14 de la ley 200 de 1995 (fls. 281 a 283 cdno ppal).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda (fl. 392 cdno ppal).

Destacó que la investigación adelantada por la Contraloría General de la República no analizó las propuestas presentadas por los otros oferentes y si los costos de los servicios contratados correspondían a las leyes del mercado de la época.

Recordó que la responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que haya lugar.

Señaló que por ser imputaciones diferentes, no prospera el cargo de vulneración del debido proceso y del principio *“non bis in ídem”*, con el argumento falaz de que ya habían sido analizadas y juzgadas.

Refutó que la prueba de los 488 folios no se hubiera ordenado ni allegado a la investigación.

Advirtió que el decreto 2251 de 11 de noviembre de 1993 no declinó los principios de la contratación estatal ante el procedimiento de la contratación directa y que el decreto 855 de 28 de abril de 1994 convalidó la aplicación de esos postulados.

Afirmó que rico *“es el expediente en probanzas que dan sustento a la sanción disciplinaria, por cuanto para cada uno de los cargos atribuidos al señor EMILIO OTERO DAJUD, encuentra la Sala suficiente sustento probatorio, tal como se dejó constancia en el acápite de pruebas”* (fl. 391 cdno ppal).

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El demandante solicita que se revoque el fallo apelado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Manifiesta que ha encontrado tanto conceptos de la Procuraduría General de la Nación como fallos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que señalan que dentro del término de cinco (5) años no solamente debe haberse proferido la providencia que decide el recurso de apelación, sino que también debe haberse notificado, en debida forma, esa decisión.

Señala, con fundamento en lo dicho, que como el último de los contratos investigados fue celebrado el 9 de mayo de 1994 (085), la Procuraduría General de la Nación tenía hasta el 9 de mayo de 1999 para resolver el recurso de apelación interpuesto y notificar ese pronunciamiento.

Indica que en este caso la providencia de segunda instancia de 27 de noviembre de 1998, fue notificada el 2 de junio de 1999, es decir, 23 días después de haberse vencido el plazo para que la acción disciplinaria no prescribiera.

Insiste en que las providencias cuestionadas son violatorias del principio constitucional "*non bis in ídem*" que ordena que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Alega que la Procuraduría General de la Nación no tenía la competencia para conocer de un asunto fiscal y que hay inexistencia de falta disciplinaria, porque el procedimiento especial para la selección de contratistas no era aplicable para la época en que se adjudicaron los contratos 046, 056 y 085 de 1994.

Finalmente, reitera que no fueron remitidas a la investigación disciplinaria pruebas decisivas que obraban en el proceso fiscal adelantado por la Contraloría General de la República.

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer la legalidad de las providencias de 15 de febrero de 1996 y 27 de noviembre de 1998, proferidas por la Procuraduría General de la Nación, a través de las cuales fue sancionado el actor con suspensión de noventa (90) días en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración.

Independientemente de si se haya cuestionado o no en la demanda el tema de la prescripción de la acción disciplinaria traído a colación en la impugnación, es necesario señalar que la Sala Plena de esta Corporación unificó las posturas existentes¹ sobre el particular, en cada una de las Secciones, así:

*“Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, **a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.***

*Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. **Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien***

¹ Sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 29 de septiembre de 2009, radicación 2003-00442-01 (S), actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

*En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. **Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria**" (resaltado fuera del texto).*

Del texto transcrito se establece que la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer la potestad disciplinaria, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa, esto es, el que contiene la decisión principal o primigenia y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.

En el sub-lite, como se expidió y notificó el acto primigenio que puso fin a la actuación administrativa (fls. 692 a 820, 825 cdno No. 3 - providencia de primera instancia de **15 de febrero de 1996 notificada 20 de marzo de la misma anualidad**), dentro del término fijado en el artículo 34 de la ley 200 de 1995 (**5 años**), contado este a partir desde la realización del último acto constitutivo de falta (celebración del contrato 085 - **9 de mayo de 1994**), es evidente que no hubo prescripción de la acción disciplinaria.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar las inconformidades planteadas por el demandante.

El actor asevera, en síntesis, que se le vulneró el derecho al debido proceso y el principio constitucional "*non bis in ídem*". Agrega que no fueron remitidas a la investigación disciplinaria pruebas decisivas que obraban en el proceso fiscal adelantado por la Contraloría General de la República.

Alega que la Procuraduría General de la Nación no tenía la competencia para conocer de un asunto fiscal y que hay inexistencia de falta disciplinaria, porque el procedimiento especial para la selección de contratistas no era aplicable para la época en que se adjudicaron los contratos 046, 056 y 085 de 1994.

Para dar un desarrollo concadenado a los planteamientos del demandante, estos serán organizados de la siguiente forma:

(i) **Vulneración del derecho al debido proceso, del principio “non bis in ídem” y falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación.**

El principio “non bis in ídem” está incluido en el conjunto de disposiciones que hacen parte del derecho fundamental al debido proceso.

El artículo 29 de la Constitución Política, al regular el derecho al debido proceso, consagra que quien sea sindicado tiene derecho “a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

La aplicación del principio “non bis in ídem” no está restringida al derecho penal, sino que se hace extensiva a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, **el derecho disciplinario**, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas).

Doctrinal y jurisprudencialmente se tiene dicho que el principio “non bis in ídem” envuelve tres presupuestos, a saber: **identidad de sujeto**, **identidad de objeto** e **identidad de causa** o, como se les conoce por su expresión latina, *eadem persona*, *eadem res* y *eadem causa*.

Si bien es cierto que en la actuación adelantada por la Procuraduría Departamental de Cundinamarca, uno de los puntos objeto de verificación era la celebración de contratos, por parte de quien es hoy actor (Director Administrativo (E) del Senado de la República), sin atender supuestamente el principio de

trasparencia de que habla la ley 80 de 1993, también lo es que esa determinada denuncia, “*por carecer de precisión*”, fue archivada definitivamente (fls. 326 a 331 cdno ppal).

Encuentra la Sala que el hecho de que esa investigación reseñada tenga con la que ahora es centro de reproche jurisdiccional, identidad de persona (**demandante en su calidad de Director Administrativo (E) del Senado de la República**) y objeto (**reproche disciplinario**), no configura *per se* vulneración del principio “*non bis in ídem*”, pues en una y otra actuación el motivo que las originó fue distinto (**identidad de causa**).

En efecto, en la investigación de la Procuraduría Departamental de Cundinamarca el motivo fue general e impreciso (**denuncia anónima** - celebración de contratos sin atender el principio de transparencia de que habla la ley 80 de 1993) hecho que condujo a su archivo, y en la que se enjuicia (celebración de los contratos 046 y 056 de 9 y 24 de marzo y 085 de 9 de mayo de 1994, sin atender los principios rectores de la ley 80 de 1993), la causa fue completamente detallada y pormenorizada (fls. 122 a 124, 126 cdno No. 3 - **Senado de la República**).

Así las cosas, por no existir identidad de causa en las actuaciones aludidas, no existe la vulneración del principio “*non bis in ídem*”.

Aceptar, en este caso, que una actuación archivada, en la que no hay actividad o pronunciamiento de fondo (“*por carecer de precisión*”), pueda truncar una investigación, equivaldría a dejar en la impunidad conductas que podrían ser constitutivas de falta disciplinaria.

Ahora bien, es pertinente señalar que los distintos tipos de responsabilidad a los que están sujetos los servidores del Estado (penal, **disciplinaria, fiscal**, patrimonial) son independientes y que una misma conducta puede dar lugar, en forma simultánea, a sanciones en uno de estos ámbitos y a exoneraciones en otro, o a declaraciones conjuntas similares, sin que por ello se entienda violada la garantía constitucional del debido proceso, particularmente el principio de “*non bis in ídem*”, puesto que las finalidades que persiguen los regímenes establecidos y los bienes jurídicos tutelados, en cada uno de ellos, son distintos.

Por lo expuesto, el hecho de que Contraloría General de la República no hubiera encontrado responsable fiscal al actor (fls. 886 a 901 cdno No. 3), no desvirtúa la sanción disciplinaria enjuiciada.

Finalmente, es necesario precisar en este punto que al demandante por ser destinatario de la ley disciplinaria (artículo 20 de la ley 200 de 1995)², se le podía iniciar, perfectamente, el procedimiento previsto en esa normativa especial, para prevenir y garantizar el buen funcionamiento de la gestión pública, independientemente de que el tema objeto de investigación fuera, en su criterio, más de índole de manejo de recursos o fiscal (economía y sobre costos). Aclaración que desvirtúa la falta de competencia alegada.

² **Artículo 20º. Destinatarios de la Ley Disciplinaria.** Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitorias, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha Ciudadana Contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional.

(ii) No se remitieron a la investigación disciplinaria pruebas decisivas que obraban en el proceso fiscal adelantado por la Contraloría General de la República.

Tal como lo indicó el Tribunal, la prueba de los 488 folios aportados por otro investigado al proceso fiscal (Oliva Hernández Landazabal), fue decretada (fls. 533, 534 cdno No. 3 - auto de 26 de octubre de 1995), requerida (fls. 599 a 600 cdno No. 3 – oficio 01316 de 29 de septiembre de 1995), allegada (fl. 609, 681 cdno No. 3 - reporte de la abogada visitadora) y tenida en cuenta (fls 799, 852, 863, 873, 874, 877 cdno No. 3) en el proceso disciplinario.

Si bien es cierto que en el plenario no obran todas las actuaciones que hicieron parte del proceso disciplinario, también lo es que las que se reseñaron en el párrafo anterior, corroboran fehacientemente el arribo de la prueba echada de menos.

Llama la atención que a pesar de que el actor insiste en que la prueba de los 488 folios no fue arrimada y tenida en cuenta, no hay ningún desarrollo argumentativo y probatorio tendiente a evidenciar cómo esa probanza hubiera cambiado la sanción disciplinaria cuestionada.

(iii) Inexistencia de falta disciplinaria, porque el procedimiento especial para la selección de contratistas no era aplicable para la época en que se adjudicaron los contratos 046, 056 y 085 de 1994.

La ley ha autorizado expresamente a la administración pública para adelantar procedimientos de **contratación directa** en algunos eventos en los que por razón de la necesidad a satisfacer, o del objeto a contratar, o de los sujetos o

las circunstancias especiales de la futura contratación, no resulta conveniente o útil un trámite como el licitatorio. No obstante, tal autorización del legislador no implica que la contratación pueda en tales casos, efectuarse de manera discrecional, caprichosa o arbitraria.

En realidad, **la contratación directa constituye otro sistema de selección de contratistas, que también debe garantizar que dicha escogencia sea objetiva y que el procedimiento que se emplee se ajuste a los principios que rigen la función administrativa en general**, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, que establece que la *"función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad ..."* y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual las actuaciones administrativas deben desarrollarse *"con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción"*.

Para la Sala, la finalidad de toda contratación estatal, que es en últimas la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales, sólo se logra mediante la escogencia de la mejor oferta presentada en cualquier procedimiento de selección de contratistas (contratación directa o licitación), objetivamente considerada.

Ahora bien, el hecho de que el artículo 2º del decreto 855 de 28 de abril de 1994 haya señalado taxativamente para la contratación directa, que este procedimiento de selección debe garantizar los principios de la ley 80 de 1993, en

especial el de selección objetiva³, no significa que con anterioridad a la expedición de esa disposición no existía la obligación de observar esos postulados.

Sobre el particular, esta Corporación puntualizó:

“Pues ello conllevaría a considerar que sólo con el decreto 855 de 1994 se garantizó la objetividad y la transparencia en la selección de los contratista.

Antes de la vigencia del decreto 855 de 1994, la contratación debía realizarse con el sujeto que hubiere presentado la propuesta más favorable, en consideración a los factores de escogencia dispuestos por la entidad y a la ponderación y comparación de los ofrecimientos recibidos, en acatamiento de las correspondientes disposiciones del decreto ley 1900 de 1990 y de la ley 80 de 1993”⁴.

Lo anterior deja sin fundamento la afirmación del demandante, consistente en que como los contratos por los cuales se adelantó la investigación disciplinaria (046, 056 y 085 de 1994), fueron adjudicados a través del procedimiento de la contratación directa con anterioridad a la expedición del decreto 855 de 28 de abril de 1994, no había lugar a atender y garantizar la selección objetiva del contratista.

Del recuento efectuado, es claro que la actuación de los servidores públicos llamados a intervenir en el proceso contractual, se encuentra sometida al interés general y al cumplimiento de los cometidos estatales, y que cualquier desvío de esa sujeción, constituye un proceder indebido que amerita ser sancionado.

³ **Artículo 2º.**- En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993.

⁴ Sentencia de la Sección Tercera de 20 de mayo de 2004, radicación 1997-02932-01, actor: Luis Guillermo Dávila Vinuesa, M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

En el sub-lite, por no haberse garantizado con la contratación que dio lugar a la investigación disciplinara, la escogencia de la mejor oferta, hay lugar al reproche impuesto. Máxime cuando, como bien lo dijo el a-quo, *“rico es el expediente en probanzas que dan sustento a la sanción disciplinaria”* (fl. 391).

Lo expuesto, impone confirmar la decisión apelada que denegó las súplicas de la demanda.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por Emilio Otero Dajud contra la Procuraduría General de la Nación.

RECONÓCESE al abogado Carlos Enrique Palacios Álvarez como apoderado de la Procuraduría General de la Nación, para los efectos y términos del poder que obra a folio 487 del expediente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la
fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No. 1155-2008 Actor: Emilio Otero Dajud

ANEXO
SANCIÓN DISCIPLINARIA - SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE CARGO –
CONTRATACIÓN SIN ATENDER EL DEBER DE LA SELECCIÓN OBJETIVA
DEL CONTRATISTA

EXPEDIENTE No.: 1155-2008
ACTOR: EMILIO OTERO DAJUD
DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

ACTOS DEMANDADOS: Providencias de 15 de febrero de 1996 y 27 de noviembre de 1998, proferidas por la Procuraduría General de la Nación, a través de las cuales fue sancionado el actor con suspensión de noventa (90) días en el ejercicio del cargo, sin derecho a remuneración.

TRIBUNAL: Cundinamarca
MAGISTRADO: Sandra Lisset Ibarra Vélez
DECISION: **Denegó** las pretensiones de la demanda.

PROYECTO DE DECISION: Se **CONFIRMA** la decisión del a-quo, por las siguientes razones:

Como primera medida se descarta la prescripción de la acción disciplinaria. Tema unificado recientemente por la Sala Plena de esta Corporación.

Para dar un desarrollo concadenado a las inconformidades planteadas por el demandante, estas fueron organizadas así:

- Vulneración del derecho al debido proceso, del principio “non bis in ídem” y falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación.

El principio “non bis in ídem” está incluido en el conjunto de disposiciones que hacen parte del derecho fundamental al debido proceso.

Doctrinal y jurisprudencialmente se tiene dicho que el principio “non bis in ídem” envuelve tres presupuestos, a saber: **identidad de sujeto**, **identidad de objeto** e **identidad de causa** o, como se les conoce por su expresión latina, *eadem persona*, *eadem res* y *eadem causa*.

Si bien es cierto que en la actuación adelantada por la Procuraduría Departamental de Cundinamarca, uno de los puntos objeto de verificación era la celebración de contratos, por parte del que es hoy actor (Director Administrativo € del Senado de la República), sin atender supuestamente el principio de transparencia de que habla la ley 80 de 1993, también lo es que esa determinada denuncia, “por carecer de precisión”, fue archivada definitivamente (fls. 326 a 331 cdno ppal).

Encuentra la Sala que el hecho de que esa investigación reseñada tenga con la que ahora es centro de reproche jurisdiccional, identidad de persona (**demandante en su calidad de Director Administrativo (E) del Senado de la República**) y objeto (**reproche disciplinario**), no configura *per se* vulneración del principio “non bis in ídem”, pues en una y otra actuación el motivo que las originó fue distinto (**identidad de causa**).

Aceptar, en este caso, que una actuación archivada, en la que no hay actividad o pronunciamiento de fondo (*"por carecer de precisión"*), pueda truncar una investigación, equivaldría a dejar en la impunidad conductas que podrían ser constitutivas de falta disciplinaria.

Ahora bien, es pertinente señalar que los distintos tipos de responsabilidad a los que están sujetos los servidores del Estado (penal, **disciplinaria, fiscal, patrimonial**) son independientes y que una misma conducta puede dar lugar, en forma simultánea, a sanciones en uno de estos ámbitos y a exoneraciones en otro, o a declaraciones conjuntas similares, sin que por ello se entienda violada la garantía constitucional del debido proceso, particularmente el principio de *"non bis in ídem"*, puesto que las finalidades que persiguen los regímenes establecidos y los bienes jurídicos tutelados, en cada uno de ellos, son distintos.

Por lo expuesto, el hecho de que Contraloría General de la República no hubiera encontrado responsable fiscal al actor (fls. 886 a 901 cdno No. 3), no desvirtúa la sanción disciplinaria enjuiciada.

Finalmente, es necesario precisar en este punto que al demandante por ser destinatario de la ley disciplinaria (artículo 20 de la ley 200 de 1995), se le podía iniciar, perfectamente, el procedimiento previsto en esa normativa especial, para prevenir y garantizar el buen funcionamiento de la gestión pública, independientemente de que el tema objeto de investigación fuera más de índole de manejo de recursos o fiscal (economía y sobrecostos). Esta aclaración que desvirtúa la falta de competencia alegada.

- No se remitieron a la investigación disciplinaria pruebas decisivas que obraban en el proceso fiscal adelantado por la Contraloría General de la República.

Tal como lo indicó el Tribunal la prueba de los 488 folios aportados por otro investigado al proceso fiscal (Oliva Hernández Landazabal), fue decretada (fls. 533, 534 cdno No. 3 - auto de 26 de octubre de 1995), requerida (fls. 599 a 600 cdno No. 3 – oficio 01316 de 29 de septiembre de 1995), allegada (fl. 609, 681 cdno No. 3 - reporte de la abogada visitadora) y tenida en cuenta (fls 799, 852, 863, 873, 874, 877 cdno No. 3) en el proceso disciplinario.

Hechos que desvirtúan el cargo.

- Inexistencia de falta disciplinaria, porque el procedimiento especial para la selección de contratistas no era aplicable para la época en que se adjudicaron los contratos 046, 056 y 085 de 1994.

La contratación directa constituye otro sistema de selección de contratistas, que también debe garantizar que dicha escogencia sea objetiva y que el procedimiento que se emplee, se ajuste a los principios que rigen la función administrativa en general, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, que establece que la *"función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad ..."* y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual las actuaciones administrativas deben desarrollarse *"con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción"*.

Ahora bien, el hecho que el artículo 2º del decreto 855 de 28 de abril de 1994 haya señalado taxativamente para la contratación directa, que este procedimiento de selección debe garantizar los principios de la ley 80 de 1993, en especial el de selección objetiva, no significa que con anterioridad a la expedición de esa disposición no existía la obligación de observar esos postulados.

Lo anterior, deja sin fundamento la afirmación del demandante consistente en que como los contratos por los cuales se adelantó la investigación disciplinaria (046, 056 y 085 de 1994), fueron adjudicados a través del procedimiento de la contratación directa con anterioridad a la expedición del decreto 855 de 28 de abril de 1994, no había lugar a atender y garantizar la selección objetiva del contratista.

En el sub-lite por no haberse garantizado con la contratación que dio lugar a la investigación disciplinara, la escogencia de la mejor oferta, hay lugar al reproche impuesto. Máxime cuando, como bien lo dijo el a-quo, *“rico es el expediente en probanzas que dan sustento a la sanción disciplinaria”* (fl. 391).

Cordialmente,

NYDIA CERINZA