

CONTRATACION ESTATAL – Incumplimiento en la sección subjetiva del contratista / CONTRATACION ESTATAL – Utilización de factores evaluadores / CONVOCATORIA PARA CONTRATAR – Para que sean presentadas diferentes propuestas y escoger la que se considere mejor / PROPUESTA PARA CONTRATAR – Deben establecer parámetros mínimos de ponderación en forma completa y clara para limitar los ofrecimientos y propiciar una selección objetiva

Su cuestionamiento radicó en el incumplimiento de principios rectores de la contratación estatal establecidos en la ley 80 de 1993, que deben ser tenidos en cuenta sin importar la forma utilizada en la escogencia de la mejor propuesta. Uno de ellos y de alguna forma considerado el principal, por tener como objeto la garantía en la protección de otros principios, es el de la selección objetiva del contratista, el cual pretende, que por medio de la utilización de ciertos factores evaluadores sea posible elegir la mejor de las propuestas, evitando una contratación sustentada en criterios subjetivos o discrecionales de la administración. Con su observancia se protege el principio de la igualdad en el tratamiento de las diferentes propuestas y como prenda de garantía de la satisfacción del interés de la comunidad. Para tal fin, se debe elaborar una invitación 'por parte de la entidad para que le sean presentadas diferentes propuestas, para proceder a escoger la que considere mejor, luego de una comparación. En la solicitud, deben establecerse ciertos parámetros mínimos de ponderación en forma completa y clara para limitar los ofrecimientos y de esa manera propiciar una selección objetiva. Esa solicitud se encarga de establecer cuales serán los bienes objeto del contrato, lo que se espera de calidad, precio y plazo y qué factores se tendrán en cuenta con su respectiva calificación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / DECRETO 855 DE 1994 / LEY 222 DE 1995

FACTORES EVALUADORES PARA LA SECCION DEL CONTRATISTA – No fueron fijados en la invitación a convocatoria / VALORACION DE LAS PRUEBAS – En conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica / DERECHO DE DEFENSA – Oportunidad de controvertir las pruebas aportadas al proceso disciplinario

De lo anterior se colige, que los factores evaluadores para la selección del contratista no fueron establecidos en la invitación o convocatoria por parte del gerente del Hospital, por el contrario, después de recibida y analizada la oferta de la Sociedad Duramed Ltda fue establecido por el Comité Interdisciplinario del Hospital (del cual hacía parte el actor) como criterio evaluador la rentabilidad, debido a que esta oferta se ajustaba a las necesidades de la entidad, ofreciendo un magnífico beneficio social y buena rentabilidad desde el punto de vista económico, motivo por el cual y teniendo en cuenta el artículo 11 del Decreto 855 de 1994 se suscribió el contrato 163 de 1998. Luego de un exhaustivo análisis de la investigación disciplinaria adelantada, las pruebas, los cargos y descargos, la Sala observa que, contrario a lo manifestado por el actor, en la decisión acusada sí se valoraron las pruebas, que llevaron a la conclusión de que, pues como lo señaló la Procuraduría, se rompieron los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva al no contar en la primera convocatoria con un punto de referencia para determinar la viabilidad de las propuestas presentadas, situación que transgrede la Ley de contratación, como lo señala el artículo 11 del Decreto 855 de 1994. Es del caso precisar que el juzgador tiene la posibilidad de valorar las pruebas libremente, en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica. En relación con el aspecto probatorio, el derecho de defensa se materializa con el

hecho de que al interesado le sea respetado el derecho a solicitarlas y a controvertirlas, sin embargo, ello no implica que el juez está en la obligación de aceptar cualquier oposición que se presente en el transcurso del proceso disciplinario, pero sí tiene el deber de valorarlas. Como puede observarse, en el trámite del proceso disciplinario materia de estudio, al señor HÉCTOR OCTAVIO OLAYA RODRÍGUEZ le fueron respetadas las garantías que conlleva el derecho de defensa, pues tuvo la posibilidad de aportar pruebas y controvertir las allegadas al plenario, así como de interponer recursos en los escritos de descargos y recurso de apelación, motivo por el cual no se establece vulneración alguna al derecho al debido proceso y defensa.

FUENTE FORMAL: DECRETO 855 DE 1994 – ARTICULO 11

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-11803-01(5209-05)

Actor: HECTOR OCTAVIO OLAYA RODRIGUEZ

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Héctor Octavio Olaya Rodríguez por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demanda de esta Corporación la nulidad del fallo de única instancia de 7 de mayo de 2002 proferido por el Procurador General de la Nación, por medio del cual lo declaró responsable disciplinariamente y le impuso sanción de destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de dos (2) años y de la providencia de 24 de junio de 2002 que confirmó en todas sus partes el fallo recurrido.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la Procuraduría General de la Nación al pago de los perjuicios morales y materiales generados de manera directa por la expedición de los actos demandados. Así mismo, se ordene

retirar de la base de datos de antecedentes administrativos de la misma entidad y de la Personería Distrital de Bogotá, la sanción impuesta.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, relata los siguientes:

Ejerció en su calidad de médico la gerencia del Hospital Occidente de Kennedy desde el 21 de julio de 1997 hasta el 10 de septiembre de 2000.

Durante esta época, el departamento de urgencias del Hospital venía solicitando la presencia de personal especializado en neurocirugía de manera permanente, debido a la gran cantidad de pacientes críticos por trauma craneoencefálico que no eran atendidos oportunamente, pues sólo contaba con tres médicos neurocirujanos con disponibilidad de 4 horas, a pesar de requerir de 8 médicos neurocirujanos y 4 médicos hospitalarios de 8 horas como apoyo para garantizar una cobertura de 24 horas permanentes y una atención dentro de los parámetros de calidad establecidos por el Ministerio de Salud.

Por lo anterior y atendiendo a la posibilidad de contratar estos servicios de manera directa de conformidad con lo establecido en el literal L) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el Hospital realizó una convocatoria pública, para lo cual fijó un aviso los días 28, 29 y 30 de enero de 1998.

Se presentaron inicialmente dos propuestas de personas naturales, un médico general y otra de un neurocirujano, que no cumplían los requisitos exigidos por el Hospital, empero, el día 2 de marzo de 1998, 21 días hábiles después de la fijación del aviso de invitación, una persona jurídica (Sociedad Duramed Ltda) radica una propuesta en la gerencia que cumplía con las expectativas del servicio de la entidad de conformidad con el análisis realizado por el comité interdisciplinario conformado por el Hospital para tal fin.

Analizada esta propuesta y efectuado un estudio de costos y factibilidad financiera que se ajustaba a las necesidades, que ofrecía un magnífico beneficio social y una buena rentabilidad, se procedió a su contratación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 11 del Decreto 855 de 1994.

Igualmente, dentro de su gerencia celebró diversos contratos, uno de ellos con el Centro de Gestión Hospitalaria cuyo objeto fue de realizar la capacitación, diseño e implementación del direccionamiento estratégico y montaje de un esquema de

gestión financiera. En su ejecución elaboró y suscribió actas a través de las cuales se suspendía y reanudaba el contrato, las cuales siguieron los lineamientos de la ley de contratación.

La Veeduría Distrital de Bogotá, realizó en el mes de marzo de 1999 una visita al Hospital Occidente de Kennedy con el fin de adelantar una investigación tendiente a verificar la ocurrencia de ciertos hechos que podían constituir irregularidades, dentro de los que se encontraban los contratos celebrados con la Sociedad Duramed Ltda y las fechas en las cuales se elaboraron las actas de suspensión y reanudación del contrato suscrito con el Centro de Gestión Hospitalaria.

Esta investigación se realizó de manera desorganizada, sin un procedimiento establecido y sin oportunidad de contradicción. Dentro de dicho trámite, se remitió informe a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que asumieran competencia e iniciaran las investigaciones correspondientes.

La Unidad Segunda Especializada de Delitos contra la Administración de Justicia de la Fiscalía General de la Nación, inició la investigación correspondiente, la cual concluyó el día 5 de abril de 2001, declarando precluida la investigación adelantada contra el actor y otros servidores.

Por su parte, la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá igualmente adelantó investigación, profiriendo el 29 de marzo de 2001 auto de cargos al actor, por considerar que existían intereses particulares para favorecer a la firma Duramed Ltda y que se había vulnerado el régimen contractual, en especial, los principios de responsabilidad, transparencia y selección objetiva. Respecto del contrato con el Centro de Gestión Hospitalaria, por incurrir en presunta falsedad documental al elaborar y suscribir actas de suspensión y reiniciación que no corresponden a la realidad e inducir en error a los funcionarios de la Veeduría Distrital al pretender hacerles creer que dichos documentos se habían suscrito en las fechas indicadas en los mismos.

Posteriormente fue asumida la competencia por el Procurador General de la Nación convirtiendo el proceso en de única instancia, sin darle la oportunidad de controvertir las pruebas recepcionadas por la Veeduría Distrital, por el contrario, se

le dio pleno valor probatorio y las que solicitó y fueron practicadas no fueron tenidas en cuenta.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Ley 80 de 1993: Artículo 24, literal L).
- Decreto 855 de 1994: Artículo 11
- Ley 200 de 1995; Artículos 4, 5, 6, 11, 13, 14, 117, 118 y 128.

Alegó fundamentalmente que en el fallo disciplinario, los cargos imputados al actor no fueron probados y se dictó sin el cumplimiento de los preceptos legales que sobre responsabilidad plena, en materia contractual, se han establecidos.

Respecto del primer cargo señala que de conformidad con lo señalado en los artículos 4 y 5 de la Ley 200 de 1995 la Procuraduría General de la Nación no puede imponer una sanción disciplinaria por una falta no contemplada en la Ley, pues, en efecto, el literal L) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, consagró que en el evento de contratación para la prestación de servicios médicos de salud se podrá contratar directamente.

Del mismo modo, el artículo 11 del Decreto 855 de 1994 estableció que para este tipo de contratación era necesario contar con 2 ofertas, requisito cumplido por el actor, por lo que resulta arbitraria e injusta la exigencia de realizar un trámite no contemplado, (elaboración y publicación de un pliego de condiciones).

Por lo tanto, al no haber existido norma positiva que indicara que en la contratación directa de servicios de salud se requería publicar un pliego de condiciones en el que se indicaran de manera específica los requisitos, los objetivos necesarios para participar el proceso de selección, la definición de costos de los servicios necesarios para la ejecución del contrato y el procedimiento y las etapas que aseguran la selección objetiva de la mejor oferta, no es posible afirmar que se desconoció la ley de contratación.

La decisión se tomó sin fundamento, pues no existió prueba que demostrara la intencionalidad del actor de desconocer los procedimientos contractuales, y para sancionarlo recurre a presunciones y argumentos subjetivos. Así mismo, las

pruebas recaudadas dentro del proceso no son tenidas en cuenta por la Procuraduría, desconociendo el principio de integralidad.

Respecto del segundo cargo, indica que las pruebas que la Procuraduría General de la Nación utilizó para sancionar al actor no fueron controvertidas ni ratificadas y fueron practicadas por la Veeduría Distrital de manera ilegal, sin procedimiento claro, máxime, cuando las investigaciones que adelanta tal entidad no son asimilables a las actuaciones propias de los procesos administrativos dirigidos a establecer la responsabilidad disciplinaria.

Adicionalmente, la Procuraduría no analizó las pruebas que se recopilaron válidamente dentro del proceso como son las declaraciones juramentadas, en especial la del señor Luis Castillo Baracaldo, de las cuales se concluye que no existió falsedad, ni la providencia proferida por la Fiscalía General de la Nación que precluyó la investigación contra el actor por los mismos hechos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que la investigación disciplinaria se desarrolló con absoluta sujeción al debido proceso.

En cuanto al planteamiento de la defensa en el sentido de que se desconoció el principio de legalidad, porque no se indicó si con su conducta se incurrió en falta disciplinaria al no señalarse el incumplimiento del deber, la prohibición, la inhabilidad o incompatibilidad, carece de fundamento si se tiene en cuenta que en el auto de cargos están citadas y transcritas aquellas normas sobre deberes y prohibiciones que de acuerdo con cada una de las conductas endilgadas se debieron atender.

Se vulneró el principio de selección objetiva, pues en la convocatoria realizada los días 28, 29 y 30 de enero de 1998 no se indicaron los requisitos y objetivos necesarios para participar en el proceso de selección, no se definieron los costos de los servicios necesarios para la ejecución del contrato, ni se señaló fecha límite para la recepción de las ofertas, desatendiendo los deberes contenidos en el artículo 40 numerales 1, 3 y 22 de la Ley 200 de 1995.

En materia probatoria se siguieron los lineamientos contenidos en el artículo 122 de la Ley 200 de 1995, se apreciaron las pruebas en su conjunto, aplicando las reglas de la sana crítica. De igual manera, el recaudo probatorio que sustentó el informe de la Veeduría y que dio lugar a la iniciación del proceso disciplinario, estuvo fundado en visitas de inspección al Hospital y en pruebas documentales analizadas en el fallo y no únicamente en testimonios y como tales no requieren ninguna ratificación.

Finalmente, señala que la acción penal y la acción disciplinaria son totalmente autónomas e independientes y aunque eventualmente basen sus investigaciones en los mismos hechos, no necesariamente tienen que producir los mismos resultados, por lo tanto el hecho de que se haya precluido la investigación penal, no influye para nada en la investigación disciplinaria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación solicitó negar las pretensiones de la demanda, al considerar que el Ministerio Público observó y respetó los cánones supralegales, analizó y valoró las pruebas allegadas al proceso disciplinario conforme a las reglas de la sana crítica, en especial a las normas del Estatuto de Contratación Estatal, las disposiciones referidas a los principios de transparencia y de selección objetiva del contratista.

El actor al contratar a la Sociedad Duramed Ltda, no garantizó el principio de transparencia y selección objetiva, por no haber hecho un análisis y estudio de las ofertas, adjudicando además con una firma que no había nacido para la fecha de la convocatoria, así mismo por la falsedad documental al elaborar las actas de suspensión y reiniciación en el contrato del Centro de Gestión Hospitalaria.

Respecto de las pruebas practicadas por la Veeduría Distrital de Bogotá y que dieron origen al proceso disciplinario, señala que mediante auto de 1 de junio de 1999 se pusieron de presente al actor, haciéndole saber que con base en este recaudo probatorio y con fundamento en el artículo 144 de la Ley 200 de 1995, se tomaba la decisión, es decir se le brindó la oportunidad de conocerlas y por ende, la posibilidad de controvertirlas.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico gira entorno a establecer la legalidad del fallo de 7 de mayo de 2002 proferido por el Procurador General de la Nación, por medio del cual declaró responsable disciplinariamente al actor y le impuso sanción de destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de dos (2) años y de la providencia de 24 de junio de 2002 que resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando en todas sus partes el fallo de única instancia.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

EL PROCESO DISCIPLINARIO

Con ocasión del informe de la investigación realizada por la Veeduría Distrital de Bogotá, remitido el 4 de mayo de 1999, la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá mediante auto de 1 de junio de 1999 abrió investigación disciplinaria contra Héctor Octavio Olaya Rodríguez, en condición de Gerente del Hospital Occidente de Kennedy, por encontrarlo presuntamente responsable de las irregularidades que se presentaron en el proceso de contratación con la Sociedad Duramed Ltda y con las actas suscritas en la ejecución del contrato con el Centro de Gestión Hospitalaria.

En la etapa de apertura se escuchó en versión libre al actor y a los demás funcionarios investigados y se incorporaron a la investigación una serie de documentos, mediante auto de 10 de julio de 2000.

Mediante providencia de 29 de marzo de 2001 la Procuraduría Segunda Delegada formuló cargos por encontrar que existieron intereses particulares para favorecer a la firma Duramed Ltda, vulnerando el régimen contractual, en especial los principios de responsabilidad, transparencia y selección objetiva. Respecto del contrato con el Centro de Gestión Hospitalaria, consideró que se había incurrido en presunta falsedad documental al elaborar y suscribir actas de suspensión y reiniciación que no corresponden a la realidad e inducir en error a los funcionarios de la Veeduría Distrital, al pretender hacerles creer que dichos documentos se habían suscrito en las fechas indicadas en los mismos.

A través de providencia de 12 de diciembre de 2001 la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá decide sobre las pruebas solicitadas por el actor.

Mediante providencia de 6 de febrero de 2002 el despacho del Procurador General de la Nación con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 277 del Decreto 262 de 2000, asumió directamente el conocimiento del proceso disciplinario y a través del fallo de única instancia de 7 de mayo de 2002 declaró responsable disciplinariamente al actor.

La providencia fue objeto de recurso de reposición y mediante providencia de 24 de junio de 2002, el despacho del Procurador General de la Nación, la confirmó en todas sus partes.

DEL FONDO DEL ASUNTO

A juicio de la parte actora, la Procuraduría General de la Nación vulneró el principio de legalidad, pues impuso una sanción no contemplada en la Ley de contratación, debido a que de conformidad con el literal L) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994, al tratarse de servicios de salud podía contratar directamente y no se requería publicar un pliego de condiciones en el que se indicaran de manera específica los requisitos, objetivos necesarios para participar el proceso de selección, definir costos de los servicios necesarios para la ejecución del contrato y establecer el procedimiento y las etapas que aseguran la selección objetiva de la mejor oferta.

La decisión se tomó sin fundamento probatorio pues para sancionarlo recurrió a presunciones y argumentos subjetivos. Así mismo, las pruebas recaudadas dentro del proceso no fueron tenidas en cuenta por la Procuraduría y las pruebas recaudadas por la Veeduría Distrital de Bogotá no fueron controvertidas al interior del proceso, ni objeto de ratificación, fueron practicadas de manera ilegal y sin atender un procedimiento claro.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

Las providencias proferidas por el Procurador General de la Nación, materia del presente proceso se fundamentaron en lo siguiente:

“No resulta arbitrario y por lo tanto no desconoce el principio de legalidad, señalar que para la contratación directa se deben elaborar y publicar términos de referencia.

Quienes tienen la función de adelantar los procedimientos de contratación, no pueden abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios para adoptar las medidas indispensables para asegurar los intereses del Estado, los que siempre están presentes en la actividad de los entes públicos, por tener esa naturaleza que está indisolublemente asociada al interés general.

...

El artículo 25 numeral 1 de la Ley 80 de 1993 ordena que para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable deben señalarse los términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de selección.

...

En materia probatoria, el despacho siguió los lineamientos contenidos en el artículo 122 de la Ley 200 de 1995, esto es se apreciaron las pruebas en su conjunto y no de manera aislada aplicando las reglas de la sana crítica, pues los hechos que se probaron no devienen de la fantasía o de la imaginación, sino que están en la realidad, pues resultó cierto que solamente se examinó la propuesta de DURAMED, sin resolver objetivamente sobre las otras dos ofertas. Acaso no es cierto que no se entiende como se pretende traer al proceso propuestas absurdas e incoherentes como la de un médico general para justificar la contratación directa de DURAMED. En últimas, en ejercicio de la función administrativa de disciplinar a los funcionarios públicos que corresponde por mandato constitucional y legal, se interpretó la ley siguiendo el criterio del fallador y evaluando los elementos probatorios aportados al proceso, lo cual no puede configurar quebrantamiento alguno del ordenamiento jurídico.

La declaración del señor LUIS IGNACIO CASTILLO BARACALDO, no merecía ninguna credibilidad, por cuanto su versión resulta amañada y siempre buscó con ella hacer que se trasladara la responsabilidad de los hechos investigados en el Jefe de la Oficina Jurídica y no en su ex patrón el Dr OLAYA RODRÍGUEZ.

...

Así las cosas lo que hizo la Veeduría fue dar traslado a la autoridad disciplinaria competente para que esta iniciara la actuación pertinente y fue por ello que la Procuraduría dispuso la apertura de la investigación disciplinaria, la cual fue oportunamente conocida y controvertida por el sancionado, a quien además se le exhibieron las pruebas que sustentaban la misma. También se le profirió auto de cargos, que

igualmente fue dado a conocer al afectado quien tuvo la oportunidad de solicitar pruebas y controvertir los cargos. Por lo tanto, resulta absurdo pretender a estas alturas del proceso argumentar que las pruebas allegadas no han sido contradecidas.

...

Tampoco puede aceptarse el planteamiento en el sentido que hubo violación al debido proceso en la actuación pues no es cierto que el fallo sancionatorio halla tenido en cuenta como única prueba para sancionar el denominado informe de la Veeduría Distrital, dado que este simplemente sirvió de conocimiento al despacho para iniciar la actuación disciplinaria y como puede verse existe abundante material probatorio, distinto al informe, que llevó a la certeza de que el sancionado incurrió en falta disciplinaria.

...

Tampoco es de recibo plantear como irregular, el que no se hallan practicado las pruebas solicitadas por el encartado en el memorial de descargos, porque el auto que decidió sobre éstas sí fue notificado en legal forma a los sujetos procesales, por ende como sujeto procesal teniendo la posibilidad de impugnar el auto de diciembre 12 de 2001 que resolvió sobre las pruebas solicitadas y denegadas no lo hizo, entonces, carece de razonamiento jurídico plantear en este momento que existió violación al debido proceso y al derecho de defensa siendo que dadas a conocer las providencias no se recurrieron pudiendo hacerlo...”

Examinado el fallo y los argumentos expuestos por la Procuraduría General de la Nación, no se encuentra vulneración del principio de legalidad, pues es claro, que tanto en el auto de apertura de investigación como en el auto de imputación de cargos se señalaron las conductas en las cuales incurrió el actor, las cuales se encuentran consagradas en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 y que consistieron en el incremento del patrimonio de un tercero (contratistas) y en la obstaculización de la investigación adelantada por la Veeduría Distrital de Bogotá, faltas por las cuales fue objeto de investigación disciplinaria, razón por la cual no es de recibo el argumento de la parte actora, según el cual no hubo claridad en las imputaciones que se le hicieron y así mismo se decidió sobre los argumentos que en relación con las pruebas expuso la parte actora

Tampoco se observa que la Procuraduría General de la Nación haya dado un trámite diferente al establecido en la Ley contractual. En dicho proceso no se cuestionó que el proceso de contratación directa con la sociedad DURAMED

LTDA fuera el establecido en el literal L) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994.

Por el contrario, su cuestionamiento radicó en el incumplimiento de principios rectores de la contratación estatal establecidos en la ley 80 de 1993, que deben ser tenidos en cuenta sin importar la forma utilizada en la escogencia de la mejor propuesta. Uno de ellos y de alguna forma considerado el principal, por tener como objeto la garantía en la protección de otros principios, es el de la selección objetiva del contratista, el cual pretende, que por medio de la utilización de ciertos factores evaluadores sea posible elegir la mejor de las propuestas, evitando una contratación sustentada en criterios subjetivos o discrecionales de la administración.

Con su observancia se protege el principio de la igualdad en el tratamiento de las diferentes propuestas y como prenda de garantía de la satisfacción del interés de la comunidad. Para tal fin, se debe elaborar una invitación 'por parte de la entidad para que le sean presentadas diferentes propuestas, para proceder a escoger la que considere mejor, luego de una comparación.

En la solicitud, deben establecerse ciertos parámetros mínimos de ponderación en forma completa y clara para limitar los ofrecimientos y de esa manera propiciar una selección objetiva. Esa solicitud se encarga de establecer cuales serán los bienes objeto del contrato, lo que se espera de calidad, precio y plazo y qué factores se tendrán en cuenta con su respectiva calificación.

En efecto, según los descargos realizados por el actor dentro del trámite disciplinario, en un principio se realizó la convocatoria los días 28, 29 y 30 de enero de 1998, de manera directa, sin límite temporal y sin parámetros mínimos de ponderación. Como resultado de ésta se presentaron dos propuestas que a juicio de la entidad no llenaban los requisitos, siendo descalificadas.

De igual manera, obra en el expediente la Escritura Pública 280 de 12 de febrero de 1998 de la Notaría 26 del Círculo de Bogotá, por medio de la cual se constituyó la Sociedad Duramed Ltda, la cual presentó una oferta para el servicio de neurocirugía el 2 de marzo de 1998.

Dicha oferta, fue estudiada por el comité interdisciplinario del Hospital el 18 de marzo de 1998 en el cual se determinó por parte de la oficina de Presupuesto lo siguiente:

“Por los elementos antes analizados, se considera que el contrato por servicios profesionales del área de neurocirugía es favorable para la institución, teniendo en cuenta que le produce al Hospital un margen de rentabilidad del 15.77%. Este porcentaje de rentabilidad sobre el contrato se presenta partiendo de que el servicio presente un comportamiento constante.

Cabe anotar que para el cálculo del ingreso, y por consiguiente la rentabilidad de la propuesta, se trabajó con aquellas actividades que presentan datos sobre comportamiento...”¹

De lo anterior se colige, que los factores evaluadores para la selección del contratista no fueron establecidos en la invitación o convocatoria por parte del gerente del Hospital, por el contrario, después de recibida y analizada la oferta de la Sociedad Duramed Ltda fue establecido por el Comité Interdisciplinario del Hospital (del cual hacía parte el actor) como criterio evaluador la rentabilidad, debido a que esta oferta se ajustaba a las necesidades de la entidad, ofreciendo un magnífico beneficio social y buena rentabilidad desde el punto de vista económico, motivo por el cual y teniendo en cuenta el artículo 11 del Decreto 855 de 1994 se suscribió el contrato 163 de 1998.

No podía el actor tener criterios de ponderación respecto de las propuestas presentadas, por cuanto el criterio evaluador de la rentabilidad económica fue fijado una vez analizada la propuesta de la Sociedad Duramed Ltda, rompiendo el principio de igualdad en el tratamiento de las propuestas presentadas y de selección objetiva.

De igual manera se demostró que favoreció a una Sociedad que fue constituida pocos días antes de la presentación de la oferta, que no contaba con la experiencia necesaria y con cuyos socios tenían vínculos personales y profesionales, es decir, utilizó criterios subjetivos o discrecionales para la escogencia del contratista.

Lo anterior, se ratifica con la convocatoria 133 de 1999 donde contrario a la primera invitación para la contratación directa, realizó avisos de convocatoria para

¹ Folios 16 a 19 cuaderno 2

el servicio de neurocirugía en el cual se determinaron como términos de calificación los siguientes:

FACTORES O CRITERIOS DE EVALUACIÓN

PRECIO

EVALUACIÓN TÉCNICA

Profesional

Experiencia

Referencia

Complejidad del servicio ofrecido

Cobertura de Horarios y Modalidad

Antigüedad de la firma

CAPACIDAD FINANCIERA

Liquidez

Patrimonio

Endeudamiento

Capital de trabajo

Luego de un exhaustivo análisis de la investigación disciplinaria adelantada, las pruebas, los cargos y descargos, la Sala observa que, contrario a lo manifestado por el actor, en la decisión acusada sí se valoraron las pruebas, que llevaron a la conclusión de que, pues como lo señaló la Procuraduría, se rompieron los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva al no contar en la primera convocatoria con un punto de referencia para determinar la viabilidad de las propuestas presentadas, situación que transgrede la Ley de contratación, como lo señala el artículo 11 del Decreto 855 de 1994.

Es del caso precisar que el juzgador tiene la posibilidad de valorar las pruebas libremente, en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica. En relación con el aspecto probatorio, el derecho de defensa se materializa con el hecho de que al interesado le sea respetado el derecho a solicitarlas y a controvertirlas, sin embargo, ello no implica que el juez está en la obligación de aceptar cualquier oposición que se presente en el transcurso del proceso disciplinario, pero sí tiene el deber de valorarlas.

De acuerdo con los argumentos expuestos, la Procuraduría General de la Nación, sí tuvo en cuenta las pruebas solicitadas por el actor dentro del proceso disciplinario, pues decretó y practicó las solicitadas, dentro de las que se encontraba la declaración juramentada de LUIS IGNACIO CASTILLO BARACALDO practicada el 8 de abril de 2002², pero tras su apreciación, consideró que no era suficiente para desvirtuar los cargos formulados al actor.

Es el funcionario que ejerce el poder disciplinario quien debe valorar las pruebas aportadas, y las objeciones que presenta el disciplinado no lo obligan a aceptarlas, pues, como se dijo, su deber es valorar las pruebas en conjunto, como en efecto lo hizo en este caso la Procuraduría General de la Nación.

De otra parte, considera la Sala que es errada la apreciación que realiza el actor respecto de las pruebas recaudadas por la Veeduría Distrital de Bogotá, pues en ningún momento sustituyó en sus funciones a los órganos de control, se limitó a dar traslado a la Procuraduría para realizar la investigación, quien en el auto de apertura de investigación³ puso en conocimiento las pruebas aportadas por la Veeduría, siendo oportunamente conocidas y controvertidas por el actor.

Posteriormente, profirió auto de imputación de cargos, el cual fue notificado en debida forma al actor, quien solicitó pruebas. Dicha petición fue resuelta por medio de providencia de 12 de diciembre de 2001⁴, sin que contra ella fuera interpuesto recurso alguno.

Como puede observarse, en el trámite del proceso disciplinario materia de estudio, al señor HÉCTOR OCTAVIO OLAYA RODRÍGUEZ le fueron respetadas las garantías que conlleva el derecho de defensa, pues tuvo la posibilidad de aportar pruebas y controvertir las allegadas al plenario, así como de interponer recursos en los escritos de descargos y recurso de apelación, motivo por el cual no se establece vulneración alguna al derecho al debido proceso y defensa.

Por último, si bien hay alguna afinidad entre el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario, ya que los dos pertenecen al género del derecho punitivo que ejerce el Estado, por la naturaleza de sus destinatarios y de los bienes jurídicos que protegen cada una de estas especies, en sus ritualidades, en su dogmática y consecuencias hay una marcada independencia y autonomía.

² Folios 236 a 253 cuaderno 4 del expediente.

³ Folios 33 a 60 cuaderno 2

⁴ Folio 72 a 82 cuaderno 4

Los dos sistemas jurídicos obedecen a reglas propias, tienen objetivos diferentes, como diversas formas de imputación y de culpabilidad, a tal punto que es legalmente factible la existencia de faltas disciplinarias no constitutivas de ilícito penal. Lo anterior es fundamento para sostener que la absolución en la investigación penal no conlleva necesariamente la exoneración de la responsabilidad disciplinaria, cuando la conducta, aunque objetivamente sea similar, se atribuya o impute en grado diverso de culpabilidad.

En consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por HÉCTOR OCTAVIO OLAYA RODRÍGUEZ contra la Procuraduría General de la Nación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO