

DESTITUCION DE GERENTE DE LA LOTERIA DE SANTANDER – Inadecuada elaboración de estudios técnicos en contrato de concesión de explotación de monopolio rentístico de juegos de suerte y azar. Omisión de deber funcional. Ilícitud sustancial

Resulta reprochable que el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas, en su condición de Gerente de la Lotería de Santander, hubiera omitido el deber funcional que le asistía de haber garantizado la elaboración de un estudio de mercado, en los términos y condiciones previstas por la Superintendencia de Salud, que diera cuenta de las necesidades del Departamento de Santander, en lo que se refiere a los juegos de suerte y azar, con el fin de garantizar la adecuada explotación de ese monopolio como arbitrio rentístico y, en consecuencia, los recursos para financiar los servicios de salud en ese departamento. No se trata como lo señala el demandante, en el escrito de la demanda, que en el caso concreto el departamento de Santander pese a las supuestas falencias en que incurrió el estudio de mercado, no vio afectado sus ingresos por concepto de la explotación al monopolio como arbitrio rentístico para los juegos de suerte y azar toda vez, que para el derecho disciplinario, dirá la Sala, lo que resulta relevante es la inobservancia del servidor público a su deber funcional y no el resultado mismo de la conducta. Estima la Sala, en este punto, pertinente recordar que en materia de derecho disciplinario, a diferencia del penal, resulta relevante para efectos de estructurar la responsabilidad disciplinaria, el concepto de "*ilícitud sustancial*", entendido éste como la inobservancia de los servidores públicos a los deberes funcionales que le han sido atribuidos por la constitución, la ley y los reglamentos, a partir del desvalor en su actuar, esto es, se repite, no a través del quebrantamiento formal sino material de los deberes previamente asignados.

FUENTE FORMAL: LEY 643 DE 2001 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 34 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 25 NUMERAL 12

DESTITUCION DE GERENTE DE LA LOTERIA DE SANTANDER – No exigencia de estados financieros en contrato de concesión de explotación de monopolio rentístico de juegos de suerte y azar

Advierte la Sala que en el caso concreto la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso disciplinario que adelantó en contra del demandante encontró probada, además de la falta analizada en precedencia, la omisión al deber que le imponía el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, esto es, referida a la exigencia de que los estados financieros de los proponentes, dentro de un proceso licitatorio, debían estar certificados y dictaminados por contador público y revisor fiscal, respectivamente. En efecto, sostuvo la Procuraduría General de la Nación que en el proceso licitatorio 001 de 2005 "*no se exigió en el pliego de condiciones (...) la presentación de estados financieros dictaminados o certificados*" razón por la cual no fue posible rechazar las ofertas de los proponentes que no acreditaran este requisito.

FUENTE FORMAL: LEY 222 DE 1995 – ARTICULO 37

CONCURSO DE CONDUCTAS DISCIPLINARIAS - Graduación de las sanciones disciplinarias

La figura del concurso de conductas disciplinarias ha dado lugar a distintos métodos o formas de graduación de la sanción a imponer entre los que se destacan: i) la acumulación material; ii) la absorción y iii) la acumulación jurídica. El primero de estos, la acumulación material, se refiere a la imposición de la suma

de las sanciones correspondientes a las faltas en que haya incurrido el servidor público disciplinado, el segundo; denominado absorción, sostiene que siempre debe imponerse la sanción disciplinaria que corresponda a la falta más grave y el tercero, esto es, la acumulación jurídica, admite la posibilidad de la acumulación de sanciones disciplinarias, pero dentro de los límites fijados previamente por la ley.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 47

ACCION DISCIPLINARIA – Independencia de la acción penal

Teniendo en cuenta que la prohibición de las conductas delictivas difieren de las disciplinarias en cuanto que las primeras tienen por finalidad la defensa de bienes jurídicamente tutelados a favor de la sociedad mientras las segundas, buscan garantizar el adecuado desempeño de un servidor público, en el ejercicio de la función pública, dirá la Sala que el hecho de que la investigación penal que se venía adelantado en contra del actor por parte de la Fiscalía General de la Nación hubiera sido precluida, *per se*, no afecta o invalida el proceso disciplinario que, de igual manera, se siguió en su contra, pues se repite ambas acciones responde a naturalezas y fines distintos, que no resultan excluyentes entre sí.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00030-00(0632-07)

Actor: SEGUNDO EFRAÍN PARDO ARCINIEGAS

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala, en única instancia, sobre las pretensiones de la demanda formulada por el señor SEGUNDO EFRAÍN PARDO ARCINIEGAS contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., Decreto 01 de 1984, el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas, por conducto de apoderado judicial, solicitó la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Fallo disciplinario de 30 de noviembre de 2005 mediante el cual el Viceprocurador General de la Nación decidió declarar “probados y no desvirtuados los cargos formulados” en su contra y, en consecuencia, sancionarlo con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas.
- Fallo disciplinario de 19 de julio de 2006 por el cual el Procurador General de la Nación confirmó en todas sus partes la providencia de 30 de noviembre de 2005, al resolver un recurso de apelación formulado en su contra.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el demandante que se ordene la desanotación de la sanción de destitución e inhabilidad impuesta en su contra por la Procuraduría General de la Nación.

Así mismo, pidió que a la sentencia que ponga fin al presente proceso se le dé cumplimiento en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A, Decreto 01 de 1984.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

Se sostuvo en la demanda que, el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas fue designado como Gerente de la Lotería del Departamento de Santander, a partir de 1 de enero de 2004.

Se precisó que, el demandante al tomar posesión del referido cargo encontró que la Lotería departamental de Santander había suscrito en forma ilegal el contrato de concesión No. 032 de 2001, mediante el cual se entregaba a una unión temporal, integrada por 13 personas naturales y 4 jurídicas, la explotación de las apuestas permanentes en el referido ente territorial.

En efecto, se precisó que el artículo 7 de la Ley 643 de 2001, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-031 de 2003 habilitaba a los entes territoriales a “realizar operaciones mediante terceros” para efectos explotar el monopolio rentístico de las apuestas permanentes. Terceros en relación con los cuales sostuvo la Corte Constitucional sólo podían ser personas jurídicas.

Se manifestó que, teniendo en cuenta la ilegalidad que afectaba el contrato de concesión vigente el demandante, en su condición de Gerente de la Lotería Departamental de Santander dio por terminado el referido contrato, mediante acto administrativo, ordenando su liquidación en el estado en el que se encontraba.

Con fundamento en lo anterior, el demandante dispuso la apertura de un nuevo proceso licitatorio mediante el cual se seleccionara un nuevo operador al cual se le adjudicaría la explotación de las apuestas permanentes en el departamento de Santander.

Agotado el respectivo proceso contractual, la explotación del monopolio rentístico de apuestas permanentes le fue adjudicada a la firma Apuestas Unidas S.A.

No obstante lo anterior, la Procuraduría General de la Nación, en atención a las distintas quejas formuladas en contra del citado proceso licitatorio, decidió dar apertura a una investigación formal, en desarrollo de la cual formuló pliego de cargos en contra del actor, al considerarlo presuntamente responsable, en primer lugar, de abstenerse de elaborar en debida forma, previo al proceso contractual, el soporte técnico o estudio de mercadeo que garantizara “*un nivel creciente de*

transferencias al sector salud” y, en segundo lugar, de haber adjudicado el contrato de concesión a una firma que presentó sus estados financieros sin el correspondiente dictamen y certificación de un revisor fiscal.

El 30 de noviembre de 2005, el Viceprocurador General de la Nación profirió fallo de primera instancia, dentro de la indagación disciplinaria que se adelantaba contra el demandante, encontrándolo responsable de los cargos previamente formulados y, en consecuencia, sancionándolo con destitución del cargo de Gerente de la Lotería Departamental de Santander e inhabilitándolo para el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años.

Contra la anterior decisión, el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas formuló recurso de apelación el cual fue resuelto por el Procurador General de la Nación mediante providencia de 30 de noviembre de 2005 confirmando la decisión impugnada en todas sus partes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 29 y 209.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 4, 5, 6, 9, 13, 18, 19, 28, 34, 44 y 48.

De la Ley 80 de 1993, el artículo 25.

De la Ley 222 de 1995, los artículos 10, 37, 38 y 42.

Al explicar el concepto de violación se expresan entre otras razones, las que a continuación resume la Sala:

Se sostuvo que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que el derecho al debido proceso de los servidores públicos, contra quienes se adelantan investigaciones de carácter disciplinario, es vulnerado: i) mediante pronunciamiento carentes de motivación e incongruentes, ii) a través de sanciones desproporcionadas a los hechos que sirven de motivación y iii) frente a la imposibilidad de que se haga uso de los recursos previstos en la ley para impugnar las decisiones que se adopten dentro del proceso.

Concretamente se sostuvo que, las providencias cuya legalidad hoy se cuestiona, constituyen una especie de *“monólogo”* en el que se reitera la existencia de unas falencias en el estudio de mercado que precedió al proceso licitatorio 001 de 2005, adelantado por la Lotería Departamental de Santander, sin que se hiciera referencia a la omisión en que había incurrido la Superintendencia de Salud al abstenerse de regular la metodología que debían seguir los referidos estudios de mercado.

Se precisó que, la Superintendencia de Salud únicamente se limitó a manifestar una serie de observaciones *“vagas e imprecisas”* en relación con el estudio de mercado del proceso contractual 001 de 2005 y a eludir la solicitud que la Lotería Departamental de Santander le hizo en el sentido de propiciar una reunión en la que se pudieran aclarar las observaciones previamente anotadas.

Se argumentó que, no podía la Procuraduría General de la Nación atribuirle responsabilidad disciplinaria al señor Segundo Efraín Pardo Arciniega, con ocasión del proceso licitatorio 011 de 2005, dado que éste, en su condición de abogado, no contaba con conocimientos en materia estadística y, adicionalmente, porque la Superintendencia no reglamentó la metodología para elaborar los

estudios de mercado que garantizaran una tasa efectiva de transferencias al sector salud.

Se indicó que, la Procuraduría General de la Nación vulnera el artículo 4 de la Ley 734 de 2002 en el entendido de que el actor fue sancionado disciplinariamente por el supuesto incumplimiento de deberes que no están previstos en el artículo 34 ibídem, así como tampoco en la Ley 80 de 1993 y 643 de 2001, esto referido a la elaboración de debida forma de un estudio de mercado que asegurar los recursos a transferir al sector salud.

En este punto se, precisó, que como está demostrado en la actuación administrativa, que precedió, el proceso licitatorio 001 de 2005, la Gerencia de la Lotería Departamental de Santander si elaboró un estudio de mercado que no sólo tuvo en cuenta los referentes metodológicos que tradicionalmente se habían utilizado para la elaboración de este tipo de documentos, sino que el mismo garantizó los intereses de la referida Lotería en la medida en que fue evidente y exponencial el aumento de los ingreso obtenidos por la explotación del monopolio rentístico de las apuestas permanentes.

Argumentó la parte demandante, que quien dirige un proceso contractual como el que adelantó la Lotería Departamental de Santander sólo es responsable en el evento en que se *“adviertan resultados adversos”* lo que se puede constatar durante la ejecución contractual, y no como lo entiende la Procuraduría General de la Nación al atribuirle al demandante una responsabilidad disciplinaria en relación con hechos previos y concomitantes a la adjudicación del contrato de concesión.

De igual forma, se sostuvo que, la Procuraduría General de la Nación sancionó disciplinariamente al demandante al considerar que éste había omitido incluir en el pliego de condiciones de la licitación 001 de 2005, la exigencia según la cual los proponentes debían allegar sus estados financieros dictaminados y certificados, en debida forma, sin tener en cuenta que una interpretación sistemática de los artículos 10, 37 y 38 de la Ley 222 de 1995 permitía concluir que bastaba la firma de un contador público para dar fe de la veracidad de los referidos estados financieros.

Se manifestó que, la suscripción de los estados financieros por los contadores públicos y los revisores fiscales, por si sola, le confiere validez y autenticidad al contenido de los mismos, siendo la certificación y *“dictaminación”* un derecho que la Ley 222 de 1995 les confiere a los referidos profesionales sin que ello implique, que en todos los casos deban hacer uso del mismo y, mucho menos, que en los eventos en que se abstengan de su ejercicio, ello traiga consigo la invalidez de los estados financieros.

Bajo este entendido, se puntualizó, que la Procuraduría General de la Nación sancionó disciplinariamente al demandante por el incumplimiento de un deber que, en la práctica, constituye una potestad de los contadores públicos y los revisores fiscales, en el entendido de que éstos, aparte de la suscripción de los estados financieros de una empresa, bien pueden o no dictaminar y certificar al detalles sobre su contenido, sin que esto último constituya una obligación o requisito *sine qua non* para comprobar su validez.

Se concluyó que, la Procuraduría General de la Nación no podía imponerle al señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas una sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, por el termino de 10 años, dado que éste en su condición de Gerente de la Lotería Departamental de Santander, en primer lugar, *“obró en circunstancias especialmente apremiantes que no le*

permitieron discernir y decidir con plena libertad” sobre las observaciones confusas que planteó la Superintendencia de Salud , en relación con el estudio de mercado previo al proceso licitatorio 001 de 2005 y, en segundo lugar, porque la exigencia del dictamen y certificación de los estados financieros acreditados por los proponentes era un potestad con la que contaban los contadores públicos y revisores fiscales y no una obligación como mal lo entendió la Procuraduría General de la Nación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 312 a 319, cuaderno No.1):

Se sostuvo en primer lugar que, los actos administrativos acusados fueron expedidos con observancia de la totalidad de las normas legales y constitucionales que prevén las garantías y ritualidades propias del proceso disciplinario, así como fundados en los hechos debida y oportunamente probados en el proceso, los cuales dieron cuenta de la responsabilidad disciplinaria del demandante dentro del proceso licitatorio 001 de 2005.

Se argumentó que, al actor dentro del proceso disciplinario hoy cuestionado se le garantizaron a plenitud las garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que se le concedió la oportunidad para responder el pliego de cargos y solicitar las pruebas que estimó pertinentes para su defensa, en cada una de las instancias del referido proceso.

Se precisó, en relación con el primero de los cargos formulados al demandante en el proceso disciplinario, que no le correspondía a la Superintendencia de Salud reglamentar la metodología para elaborar estudios de mercado, previo a la suscripción de un contrato de concesión para la explotación de monopolio rentístico, dado que esa facultad está reservada al Gobierno Nacional, a través de sus ministerios.

De igual forma se manifestó que, no obstante lo anterior, la Superintendencia de Salud en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control había indicado previamente a la Lotería Departamental de Santander una serie de observaciones en relación con el estudio de mercado que sirvió de soporte a la licitación 001 de 2005, al advertir que el referido estudio no garantizaba *“suficientemente la explotación del monopolio de apuestas permanentes”*, sin que la Lotería de Santander hubiera dado una respuesta clara y concreta a ello.

Así mismo, se indicó que el supuesto de que los estados financieros de una empresa proponente dentro del proceso de licitación deban estar certificados o dictaminados constituyen una exigencia legal y no una facultad discrecional de los contadores y revisores fiscales, esto último, como lo pretende hacer ver el demandante en el presente proceso.

Finalmente, se insistió en que, no había duda que al demandante le fueron garantizados la totalidad de sus derechos fundamentales dentro de la actuación disciplinaria que lo encontró responsable de haber adjudicado la explotación del monopolio rentístico de las apuestas permanentes a una empresa que no demostró su capacidad financiera de conformidad con lo establecido en la ley para esos casos.

ALEGATOS

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado estima necesario negar las pretensiones de la demanda, con las siguientes consideraciones (fls. 629 a 642, cuaderno No.1):

Señala la delegada del Ministerio Público que, un análisis al proceso disciplinario que se adelantó en contra del demandante da cuenta de que éste, en su condición de Gerente de la Lotería Departamental de Santander, no elaboró un estudio de mercado en debida forma toda vez que, en el referido estudio puesto a consideración de la licitación 001 de 2005 se evidencia que las encuestas realizadas obedecen a diversas metodologías, en las que las respuestas se “acomodaban” a las circunstancias que se advertían al momento de su diligenciamiento.

Se sostuvo que, no resultaba de recibo el argumento del demandante según el cual en la totalidad de los procesos licitatorios adelantados por la Lotería Departamental de Santander, siempre, se había hecho uso del sistema de encuestas, sin que se hubieran presentado problemas que incidieran o afectaran la tasa de transferencia de recursos al sector salud, toda vez que lo que se reprocha en sede del proceso disciplinario no es la efectividad del contrato de concesión, en sí misma, sino el deber funcional del demandante de adjudicar el citado contrato con el lleno de los requisitos previstos en la ley.

En lo que se refiere al cargo por la elaboración de los estados financieros, sostuvo esa delegada del Ministerio Público que la certificación otorgada por un contador público, Ley 43 de 1990, no puede asimilarse a la certificación que sobre los estados financieros de una empresa proponente, exige la Ley 222 de 1995, dentro de un proceso licitatorio.

Precisó que, no había duda de que la norma aplicable al caso concreto era la prevista en la Ley 222 de 1995 y no en la Ley 43 de 1990 lo anterior, al estimar la Procuraduría que la contratación estatal constituye una actividad por excelencia reglada lo que impide, como lo pretende el demandante, acudir a interpretaciones que van en contra de sus principios rectores, entre ellos el de legalidad.

Bajo estas consideraciones la Procuraduría General de la Nación, a través de su Procuraduría Tercera Delegada ante esta Corporación, solicitó fueran desestimadas las pretensiones de la demanda formulada por el señor Segundo Efraín Pardo Arciniega.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

I. El problema jurídico

Deberá determinar la Sala, si la Procuraduría General de la Nación vulneró el derecho fundamental al debido proceso del demandante, en su condición de Gerente de la Lotería Departamental de Santander, dentro de la actuación disciplinaria que se siguió en su contra, con ocasión de las supuestas irregularidades en que se incurrió dentro del proceso licitatorio 001 de 2005,

mediante el cual se entregó en concesión la explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar del Departamento de Santander.

Para efectos del desarrollo de esta providencia la Sala adopta el siguiente esquema metodológico:

- I. El problema jurídico
 - II. De la actuación disciplinaria seguida contra el demandante.
 - III. De la censura planteada por el demandante contra los fallos disciplinarios de 30 de noviembre de 2005 y 19 de julio de 2006.
 - a. De los monopolios como arbitrio rentístico en la Constitución Política de 1991 y la ley.
 - b. Del estudio de mercado que precedió a la licitación 001 de 2005 y de las objeciones formuladas por la Superintendencia Nacional de Salud y la Cámara de Comercio de Bucaramanga.
 - c. Consideraciones de la Sala en relación con el estudio de mercado que precedió a la licitación 001 de 2005.
 - IV. Del concurso de faltas disciplinarias en el caso concreto.
 - V. De la responsabilidad disciplinaria y penal de los servidores públicos.
- II. De la actuación disciplinaria seguida contra el demandante**

Mediante auto de 2 de marzo de 2005 la Procuraduría General de la Nación, a través de una Comisión Especial de Asesores, dispuso la apertura de indagación disciplinaria¹ con el fin de constatar si dentro del proceso de adjudicación del contrato de explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en el Departamento de Santander, se había incurrido en irregularidad alguna.

Así se observa en el referido auto (fl. 98, cuaderno No 1):

“(...) En atención a lo señalado por los artículos 152 y siguientes de la Ley 734 de 2002, y conforme a las facultades otorgadas a la Comisión Especial conformada por el señor Procurador General de la Nación a través de auto del 23 de febrero pasado, teniendo como fundamento la información suministrada por el señor Procurador Regional de Santander, se dispone abrir investigación disciplinaria contra el doctor SEGUNDO EFRAÍN PARDO ARCINIEGAS, Gerente de la Lotería de Santander, por presuntas irregularidades en el proceso de adjudicación de la explotación del juego de apuestas permanentes de chance, en el cual resultó favorecida la firma Apuestas Unidas S.A., de que trata la licitación 01 de 2005. (...).”

El 27 de mayo de 2005 la Comisión Especial de Asesores de la Procuraduría General de la Nación profirió pliego de cargos² en contra del demandante

¹ *“Ley 734 de 2002. Artículo 152. Procedencia de la investigación disciplinaria. Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria.”*

² *Ley 734 de 2002. Artículo 161. Decisión de evaluación. Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, dentro de los quince días siguientes, el funcionario de conocimiento, mediante decisión motivada, evaluará el mérito de las pruebas recaudadas y formulará pliego de cargos contra el investigado u ordenará el archivo de la actuación, según corresponda, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 156.*

argumentando para tal efecto que éste en su condición de Gerente de la Lotería Departamental de Santander había: i) adelantado proceso licitatorio, para seleccionar operador para la explotación de las apuestas permanentes, sin que se hubiera elaborado un adecuado estudio de mercado y ii) omitido exigir a los proponentes que allegaran los estados financieros debidamente dictaminados o certificados.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes más relevantes del referido pliego de cargos (fls. 99 a 106, cuaderno No. 1):

“(...) Formular los siguientes cargos al doctor SEGUNDO EFRAÍN PARDO ARCINIEGAS, identificado con la cédula de ciudadanía 5.767.404 de Suaita, en su condición de Gerente de la Lotería de Santander y a quien en tal calidad le correspondía la ordenación del gasto a través de la celebración de los respectivos contratos y por ende era el responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección de la Empresa:

CARGO PRIMERO:

Adelantar el proceso licitatorio 001 de 2005 para seleccionar el operador para la explotación de las apuestas permanentes – chance- en el departamento de Santander, sin que se hubiera elaborado un adecuado estudio de mercado para determinar la base económica de la concesión, pues el realizado a través de la firma BENS COMUNICACIONES no contaba con el soporte técnico suficiente que garantizara una eficiente explotación del monopolio de las apuestas permanentes que permitiera generar niveles de transferencia al sector salud.

Obran como pruebas de su actuación las que conforman el averiguatorio, en especial las relacionadas en el numeral 1.1 del acápite de hechos y pruebas.

Con su actuación el investigado pudo haber transgredido el artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, que dispone como deber de todo servidor público, cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución y las leyes, al incumplir lo establecido en el principio de economía contemplado en el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que con la debida antelación al proceso de selección se deben elaborar los estudios requeridos, como el estudio técnico de mercado exigido por el artículo 23 de la Ley 643 de 2001 para el proceso licitatorio que se debía adelantar para el contrato de concesión, el cual señala que se debe elaborar un estudio de mercado que sirva de base de liquidación de los ingresos brutos del concesionario para el pago del 12% como derechos de explotación, pues el estudio de mercado realizado por BENS COMUNICACIONES no fue elaborado con este fin, y no era suficiente para garantizar una eficiente explotación del monopolio de apuestas permanentes.

Ley 734 de 2002. 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.”

Señala el principio de responsabilidad contemplado en el artículo 26 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, que lo (sic) servidores públicos deben responder cuando hubieran abierto licitaciones públicas sin haber elaborado previamente los estudios que fueran necesarios, y el irregular estudio de mercado realizado por BENS COMUNICACIONES no fue elaborado expresamente para el trámite licitatorio referido.

La conducta se considera falta gravísima por disposición del artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, el cual establece como falta gravísima participar en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal.

Por la actuación indicada, al parecer violatoria del ordenamiento jurídico, el investigado debe responder en la forma establecida por el artículo 6 de la Carta Política, considerándose su conducta presuntamente constitutiva de falta disciplinaria, tal como lo señala el artículo 23 de la Ley 734 de 2002.

Como conducta referida la realizó con conocimiento de causa, pues en reiteradas oportunidades se le hizo saber al disciplinado que el estudio técnico elaborado por BENS COMUNICACIONES no era suficiente para iniciar el proceso licitatorio, y a pesar de ello con el cuestionado estudio adelantó y culminó la licitación 001 de 2005, la culpabilidad del investigado se califica a título de dolo.

CARGO SEGUNDO

No exigir en el pliego de condiciones de la licitación 001 de 1005, la presentación de estados financieros dictaminados o certificados, hecho que obligó a no poder rechazar los estados financieros allegados por el proponente Apuestas Unidas S.A., que fueron presentados sin los requisitos de firma de contador y dictamen de revisor fiscal, y con cuyos documentos se le adjudicó a la señalada firma.

Obran como pruebas de su actuación las que conforman el averiguatorio, en especial las relacionadas en el numeral 1.2 del acápite de hechos y pruebas.

Con su actuación el investigado pudo haber transgredido el artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, que dispone como deber de todo servidor público, cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución y las leyes, al incumplir lo establecido en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, el cual señala que el Representante Legal y el Contador Público bajo cuya responsabilidad se hubieran preparado los estados financieros, deben certificar aquellos que se pongan a disposición de terceros, certificación que consiste en declarar que las afirmaciones contenidas en ellos fueron verificadas previamente y que las mismas fueron tomadas fielmente de los libros de contabilidad; y el artículo 38, que establece que no basta con la firma del Revisor Fiscal, sino además ésta debe ser acompañada de su opinión profesional, como constancia que los ha examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas, requisitos de autenticidad de los estados financieros, tal como lo señala el artículo 39 ibídem.

Contrario a lo señalado por las normas antes referidas, en el pliego de condiciones dentro del proceso licitatorio 001 de 2005, la lotería de Santander no exigió expresamente la firma del contador, como tampoco que los mismos fueran dictaminados, y avaló los estados financieros presentados por Apuestas Unidas S.A., que no cumplía con el requisito de estar certificados por el Contador Público y dictaminados por el Revisor Fiscal, y adicionalmente a las omisiones referidas, no gozaban de la presunción de autenticidad.

Por la actuación indicada, al parecer violatoria del ordenamiento jurídico, el investigado debe responder en la forma establecida por el artículo 6 de la Carta Política, considerándose su conducta presuntamente constitutiva de falta disciplinaria, tal como lo señala el artículo 23 de la Ley 734 de 2002.

Como conducta referida la realizó con violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, como lo son las contenidas en la Ley 222 de 1995, conforme lo señala el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la culpabilidad del disciplinado se califica como culpa gravísima.

Teniendo en cuenta el grado de culpabilidad anteriormente señalado, la jerarquía y mando del investigado como Gerente de una empresa industrial y comercial del estado del orden departamental y la trascendencia social de la falta, por atentar contra los recursos que conforme al principio de vinculación de la renta a los servicios de salud que rige la explotación de juegos de suerte y azar, el cual señala que toda actividad que se realice en ejercicio del monopolio debe tener en cuenta que con ella se financian los servicios de salud, conforme lo establece el artículo 43 numerales 1, 4 y 5 de la Ley 734 de 2002, la falta se califica como grave.

(...)."

Mediante escrito visible a folio 108 del cuaderno No. 1 del expediente la parte demandante dio respuesta al pliego de cargos³, allegando en esa oportunidad una serie de pruebas documentales y solicitando la práctica de varias pruebas testimoniales, frente a lo cual, la Procuraduría General de la Nación mediante auto de 24 de junio de 2005 no sólo tuvo como tales la aportadas en ese momento, sino que decretó la práctica de los testimonios solicitados, al estimar que ellos podían contribuir a esclarecer definitivamente los hechos que rodearon el proceso licitatorio 001 de 2005 (fls. 108 a 128, cuaderno No. 1).

El 5 de septiembre de 2005 el demandante presentó alegatos de conclusión, dentro del proceso disciplinario que se adelantaba en su contra, solicitando que se

³ "Ley 734 de 2002. **Artículo 166.** Término para presentar descargos. Notificado el pliego de cargos, el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos."

profiriera fallo absolutorio teniendo en cuenta para ello la totalidad del material probatorio allegado al expediente disciplinario (fls. 131 a 204, cuaderno No.1). No obstante lo anterior, el 30 de noviembre de 2005 el Viceprocurador General de la Nación profirió fallo⁴ de primera instancia dentro del proceso disciplinario que se venía adelantado en contra del señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas, encontrándolo responsable de los cargos que le habían sido formulados previamente y, en consecuencia, sancionándolo con destitución del cargo de Gerente de la Lotería Departamental de Santander e inhabilitándolo para el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años.

Así se lee en las consideraciones del citado fallo (fls. 205 a 220, cuaderno No. 1):

“(...) Las circunstancias antes descritas no pueden pasar inadvertidas por este Despacho porque a pesar de la serie de errores que se detectaron a lo largo del análisis del estudio, su acumulación no reviste importancia para quien tuvo a su cargo la dirección técnica y coordinación del mismo, ya que de acuerdo con (sic) expresado en declaración, por la presencia de esas irregularidades “no hay incidencia en los resultados finales por este motivo”, “no hubo incidencia, porque se cumplía con el requisito del tamaño de la muestra exacto” “no incidía de manera determinante en los resultados”. (...)

En el caso que nos ocupa, tal como se dijo anteriormente, sólo se tuvo en cuenta una serie de datos correspondientes al año 2003, para luego aparecer, sin saber de dónde, la cifra de 178.746 formularios como la cantidad de formularios que serían consumidos durante el año 2004. (...)

La anterior situación no guarda relación alguna con la investigación de mercados que realizó la mencionada firma [Bens Comunicaciones]; se trata de un dato aislado, inconexo, que no es producto de la información obtenida en el terreno a través de las encuestas realizadas. (...)

Por último se ratifica lo dicho en el pliego de cargos en el sentido de que cada una de las encuestas 041, 078 y 080 tienen otra con el mismo número, presentan las mismas respuestas, contienen los mismos datos generales y fueron diligenciadas por dos encuestadores diferentes (...).

Con su actuación el disciplinado incumplió lo señalado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, por transgredir el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que con la debida antelación al proceso de selección, se debe elaborar los estudios requeridos, sin embargo y como se analizó, para adelantar la licitación 001 de 2005, no se elaboró un estudio técnico de mercado en la forma exigida por el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, no colmaba las exigencias que un estudio de mercado de esta índole requiere por las

⁴ *“Ley 734 de 2002. Artículo 169. Término para fallar. Si no hubiere pruebas que practicar, el funcionario de conocimiento proferirá el fallo dentro de los veinte días siguientes al vencimiento del término para presentar descargos, o al del término probatorio, en caso contrario.”.*

fallas que en forma notoria y reiterada contenía el elaborado por Bens Comunicaciones.

Se le cuestiona al disciplinado en el segundo cargo formulado, no exigir en el pliego de condiciones de la licitación 001 de 2005, la presentación de estados financieros dictaminados o certificados por cuya omisión no se pudo rechazar la oferta presentada por el proponente Apuestas Unidas S.A., quien allegó estados financieros sin los requisitos de firma de contador y dictamen de revisor fiscal, y con los cuales se le adjudicó el contrato. (...)

Se concluye que con su actuación el investigado transgredió el artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002 el cual señala como deber de todo servidor público cumplir los deberes contenidos en la Constitución, leyes y reglamentos, por incumplir el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, el cual señala que el Representante Legal y el Contador Público bajo cuya responsabilidad se hubieran preparado los estados financieros, deben certificar aquellos que se pongan a disposición de terceros, certificación que consiste en declarar que las afirmaciones contenidas en ellos fueron verificadas previamente y que las mismas fueron tomadas fielmente de los libros de contabilidad, y el artículo 38 ibídem, el cual establece que no basta con la firma del Revisor Fiscal, sino que además ésta debe ser acompañada de su opinión profesional, como constancia que los ha examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas, requisitos de autenticidad de los estados financieros, tal como lo señala el artículo 30 ibídem y como se comprobó procesalmente no se exigió en el pliego de condiciones de la licitación 001 de 2005, la presentación de estados financieros dictaminados o certificados, y sin esta exigencia no se pudo rechazar la oferta presentada por el proponente Apuestas Unidas S.A., a quien se le adjudicó el contrato con estados financieros sin los requisitos de firma de contador y dictamen de revisor fiscal.”.

Contra la anterior decisión, el demandante formuló recurso de apelación el cual fue resuelto por el Procurador General de la Nación, mediante providencia de 19 de julio de 2006⁵, confirmándola en todas sus partes (fls. 270 a 278, cuaderno No.1).

III. De la censura planteada por el demandante contra los actos administrativos disciplinarios de 30 de noviembre de 2005 y 19 de julio de 2006.

⁵ *“Ley 734 de 2002. Artículo 171. Trámite de la segunda instancia. El funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que hubiere recibido el proceso. Si lo considera necesario, decretará pruebas de oficio, en cuyo caso el término para proferir el fallo se ampliará hasta en otro tanto. Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-181 de 2002*

Parágrafo. El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.”.

Sostiene el demandante, mediante la presente acción contencioso administrativa, que la Procuraduría General de la Nación vulneró la totalidad de las garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso dentro de la actuación disciplinaria que se siguió en su contra y que culminó con la imposición de las sanciones de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años.

Al respecto se sostuvo en la demanda, que contrario a lo expresado por la Procuraduría General de la Nación, en los fallos hoy cuestionados, el proceso licitatorio 001 de 2005 por el cual la Lotería Departamental de Santander adjudicó el contrato de concesión para la explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, sí contó con un estudio de mercado que permitía advertir, de manera anticipada, un estimado de los ingresos brutos esperados en la ejecución del referido contrato, tal como lo preveía el artículo 23 de la Ley 643 de 2001. Así mismo, en relación con los estados financieros de las sociedades proponentes, precisó que conforme a lo dispuesto en la Ley 43 de 1990 bastaba la firma del contador público en estos para que se presumieran ajustados a los requisitos legales y plenamente oponibles a terceros.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y con el fin de resolver el problema jurídico planteado en precedencia, estima la Sala necesario realizar las siguientes consideraciones.

a. De los monopolios como arbitrio rentístico en la Constitución Política de 1991 y la ley.

Sobre este particular, advierte la Sala que el artículo 336 de la Constitución Política establece, en el ordenamiento jurídico, la existencia de monopolios como arbitrio rentístico con fines de interés público o social. En efecto, la referida cláusula constitucional en su inciso tercero erige la posibilidad, en concreto, de que se creen monopolios para la explotación de los juegos de suerte y azar cuyas rentas estarán destinadas exclusivamente al financiamiento de los servicios de salud.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 336 de la Constitución Política:

“ARTICULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

(...).“

Sobre este particular, vale la pena destacar que la Corte Constitucional en sentencia C- 316 de 24 de abril de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño precisó, en relación con los monopolios como arbitrio rentístico en la Constitución Política de 1991, lo siguiente:

“2.1. Desde el punto de vista económico un monopolio se caracteriza por la condición de exclusividad o clara ventaja o preponderancia que ostenta una persona, pública o privada, para realizar una actividad determinada y controlar el mercado.

2.2. Tanto en la Constitución de 1991 como en la de 1886 se asume una concepción contraria a la existencia del monopolio. El Estado debe evitar las prácticas monopolísticas, toda vez que restringen la libertad económica y la libre competencia (art. 333 C.P./91). No obstante, el artículo 31 de la anterior Carta Política, luego del Acto Legislativo N° 3 de 1910, autorizaba el establecimiento de monopolios mediante ley, pero con la connotación de que se constituyeran como arbitrio rentístico, con la titularidad exclusiva del Estado y siempre que hubiesen sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de la ley quedarán privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

Aunque la Constitución de 1991 mantuvo dichos criterios, introdujo algunos elementos adicionales que revisten gran importancia. Así, dispuso en primer lugar que los monopolios rentísticos deben tener una finalidad de interés público o social. Para el caso del monopolio de juegos de suerte y azar, las rentas deben estar destinadas exclusivamente a los servicios de salud, y las obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores deben destinarse preferentemente a atender los servicios de salud y educación. En segundo lugar, señaló que su organización, administración, control y explotación estarán sometidos a un régimen propio fijado por ley de iniciativa gubernamental. En tercer término, contempló la sanción penal en caso de evasión fiscal en materia de rentas provenientes de los monopolios. Y, en último lugar, previó que el Gobierno enajene o liquide las empresas monopolísticas del Estado cuando éstas no cumplan con los requisitos de eficiencia, en los términos que señale la ley, caso en el cual otorgará a terceros el desarrollo de su actividad (art. 336 C.P.).

2.3. Al revisar los antecedentes del referido artículo 336 se observa que en la Asamblea Nacional Constituyente se (...) cuestionó (...) la eficiencia de las empresas monopolísticas en cabeza de las entidades territoriales debido a la corrupción y burocracia existente. Hubo otros proyectos que pretendían preservar el monopolio en cabeza del Estado teniendo en cuenta que las rentas obtenidas eran un importante ingreso para algunas de sus entidades territoriales. Finalmente, se optó por mantenerlos, pero sometidos a una regulación legal estricta. Se dijo así en la Sesión Plenaria:

“Entramos a un tema que está íntimamente ligado con la prestación del servicio de salud en nuestro medio como es el de los monopolios, aquí se ha planteado una reforma al artículo 31 de la Constitución porque ese dice que no es eficiente el manejo que puedan tener entidades estatales sobre monopolios que se constituyen como arbitrio rentístico, disentimos profundamente de esta tesis porque si las empresas que funcionan como monopolios estatales y particularmente las empresas de licores no tienen un manejo eficiente y en algunos casos están signadas por la corrupción

(.....) de manera que creemos que debe dejarse el principio constitucional, de que puedan constituirse monopolios como arbitrio rentísticos en virtud de la ley, obviamente también debe conservarse la norma que establece que un monopolio no puede aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ellas queden privados del ejercicio de una actividad económica lícita, obviamente como es tan delicado el manejo de empresas estatales que constituyen monopolios, creemos que sería interesante de establecer por medio de la ley la organización y normas especiales que deben tener estas empresas, de tal manera, que proponemos que en la norma correspondiente al artículo 31 actual de la Constitución, se establezca que la organización, administración y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidas a un régimen propio, fijado por una ley orgánica de iniciativa gubernamental, obviamente en esta ley podría establecerse los parámetros sobre la eficiencia que deben tener estas empresas...”.

2.4. Bajo esa directriz se redactó el actual artículo 336 de la Carta que regula el tema relativo a los monopolios. Del referido precepto constitucional se desprende lo siguiente:

(i) Sólo son admisibles los monopolios como arbitrio rentístico y es el Estado el único titular de los mismos, lo cual excluye la posibilidad que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. Esto es, no se pueden establecer monopolios a favor de particulares, con la única salvedad consignada en el artículo 189, numeral 27 de la Constitución que se refiere a la eventualidad de conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley.

El hecho que los monopolios se constituyan como arbitrio rentístico significa que su objeto es obtener ingresos sólo para el Estado. Dineros que, por contera, tienen la característica de ser públicos.

El monopolio rentístico, tal como lo sostuvo esta Corporación, “es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación. (...).”.

En desarrollo de la norma constitucional arriba transcrita, el legislador expidió la Ley 643 de 2001, en cuyo artículo 1 estableció que el monopolio como arbitrio rentístico para juegos de suerte y azar debía definirse como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar las modalidades de juegos de suerte y azar, con fines de arbitrio rentístico a favor de la salud.

Así se lee en el citado artículo 1 de la Ley 643 de 2001:

“ARTICULO 1o. DEFINICION. El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés

público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación.”.

En cuanto a su titularidad, el artículo 2 ibídem, preceptúa que son los departamentos, el Distrito Capital y los municipios quienes pueden explotar las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, en todo caso, bajo la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud.

Lo anterior se advierte a la letra en el referido artículo 2:

ARTICULO 2o. TITULARIDAD. Los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación.

El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador. La vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud.”.

En este punto, vale la pena precisar que, los artículos 6⁶ y 7⁷ ibídem, prevén que la explotación del referido monopolio, por parte de los entes territoriales, puede hacerse en forma directa o a través de terceros. En este último caso, tratándose de operación mediante terceros, la misma debe perfeccionarse mediante contrato de concesión por un término que no puede ser inferior a 3 años ni superior a 5 años.

Sobre aspecto, debe señalarse que, el artículo 23 ibídem estableció la obligación al concesionario, que explote un monopolio rentístico, de pagar a la entidad pública concedente el 12% de sus ingresos brutos, por concepto de derechos de explotación. Cuyo primer pago, establece en la norma en cita, debe hacerse con base en los ingresos brutos esperados, conforme al resultado arrojado por el estudio de mercado elaborado y “presentado en el marco de la licitación previa a la celebración del contrato de concesión.”.

Así se lee en el citado artículo 23 de la Ley 643 de 2001:

⁶ *“ARTICULO 6o. OPERACION DIRECTA. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La operación directa es aquella que realizan los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales (...) y sociedades de capital público establecidas en la presente ley para tal fin.”.*

⁷ *“ARTICULO 7o. OPERACION MEDIANTE TERCEROS. La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso.(...)”.*

“ARTICULO 23. DERECHOS DE EXPLOTACION.

Los concesionarios del juego de apuestas permanentes o chance pagarán mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos.

Al momento de la presentación de la declaración de los derechos de explotación, se pagarán a título de anticipo de derechos de explotación del siguiente período, un valor equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los derechos de explotación que se declaran.

En el caso de nuevos concesionarios el primer pago de anticipo se realizará con base en los ingresos brutos esperados, de acuerdo con el estudio de mercado elaborado para el efecto y presentado en el marco de la licitación previa a la celebración del contrato de concesión.

Si se trata de concesionarios que ya venían operando el juego, el pago de anticipo que se realice a partir de la vigencia de la presente ley, se hará con base en el promedio simple de los ingresos brutos del concesionario de los doce (12) meses anteriores; en todo caso, el anticipo no podrá ser inferior al promedio de lo pagado como regalía en los últimos doce (12) meses.

PARAGRAFO.

La diferencia entre el valor total de los derechos liquidados en el periodo y el anticipo pagado en el período anterior constituirá el remanente o saldo de los derechos de explotación a pagar por el período respectivo.

En el evento de que el valor total de los derechos de explotación del período sea inferior al anticipo liquidado por el mismo, procederá el reconocimiento de compensaciones contra futuros derechos de explotación.”.

b. Del estudio de mercado que precedió a la licitación 001 de 2005 y de las objeciones formuladas por la Superintendencia Nacional de Salud y la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

Teniendo en cuenta lo anterior, y descendiendo al caso concreto, el 23 de agosto de 2004 la Lotería Departamental de Santander suscribió contrato con la empresa Bens Comunicaciones con el objeto de adelantar un estudio “*de investigación de mercados de apuestas permanentes o chance*” que reflejara el potencial del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Santander, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2004.

Lo anterior, ante la necesidad de suscribir un nuevo contrato de concesión, dado que el contrato, vigente en ese momento, con la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander, debía darse por terminado unilateralmente por

la administración en cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C- 031 de 28 de enero de 2003. M.P. Manuel José Cepeda⁸.

Para mayor ilustración se transcribe la cláusula primera del referido contrato, en la cual se consigna el objeto a desarrollar (fl. 31, cuaderno No. 9):

“PRIMERA. OBJETO: El contratista se compromete con la entidad contratante, a realizar un estudio de investigación de mercados, que refleje el potencial de juego de apuestas permanentes o chance para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2004, en la ciudad de Bucaramanga su área metropolitana, Barrancabermeja y en las seis provincias en que se encuentra distribuido el territorio del departamento de Santander. (...) Así como también realizar la proyección de los ingresos brutos para el período comprendido entre el 1 de octubre de 2004 al 31 de diciembre de 2010. (...).”

Con posterioridad, en el mes de septiembre de 2004, la empresa Bens Comunicaciones entregó a la Lotería Departamental de Santander el informe final del estudio de mercado⁹ que reflejó el potencial del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Santander, durante el año 2004, y que serviría de referente para elaborar los pliegos de condiciones del proceso licitatorio que tendría por fin seleccionar el operador del monopolio rentístico de apuestas permanentes para el período comprendido entre el 2005 y el 2010, en todo el territorio del citado Departamento.

No obstante lo anterior, el 30 de noviembre de 2004 la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones legales de inspección, vigilancia y control, solicitó a la Gerencia de la Lotería de Santander copia de la base de datos que sirvió de soporte al estudio de mercado que adelantó la empresa Bens Comunicaciones con miras al proceso licitatorio 001 de 2005. El siguiente es el contenido de la referida solicitud (fls. 298 a 299, cuaderno No.1):

“(...) Copia del archivo electrónico con las respectivas bases de datos, a partir de las cuales se efectuaron los cálculos de las conclusiones presentadas en el Estudio de Mercado de fecha septiembre de 2004, realizado por la sociedad Bens Comunicaciones B & S LTDA. Y, contratado por la Lotería de Santander a propósito del proceso licitatorio que debe adelantar dicha Empresa Industrial y Comercial del Estado con ocasión de la terminación unilateral del contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Santander, suscrito entre aquellas Entidad y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander, ENAPUESTAS U.T., el 7 de septiembre de 2001.”

⁸ En el entendido de que sólo personas jurídicas pueden explotar el monopolio estatal de juegos de suerte y azar.

⁹ En efecto, a folio 38 del cuaderno No. 9 del expediente se advierte el referido estudio en el cual se abordaron y desarrollaron 10 aspectos básicos, a saber: i) la definición del problema de estudio; ii) los objetivos de la investigación; iii) el diseño de la investigación; iv) la definición de la población objeto de estudio; v) el trabajo de campo; vi) la tabulación de la información; vii) el análisis de la información recopilada; viii) la interpretación de la información; ix) las conclusiones y x) la estimación del potencial de juego.

El 3 de diciembre de 2004 el Director General para el Control de Rentas Cedidas, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Oficio No. 8008-1-152773 le informó al demandante, quien se desempeñaba como Gerente de la Lotería Departamental de Santander, que la documentación que éste había remitido en respuesta al requerimiento del 30 de noviembre de 2004 no correspondía a la solicitada. Precisó, la Superintendencia Nacional de Salud, en esa oportunidad, que para efectos de adelantar la revisión del estudio de mercado elaborado por la empresa Bens Comunicaciones era indispensable contar con la información antes requerida, por lo que se reiteraba la petición inicial.

Así se advierte en la comunicación de 3 de diciembre de 2004 (fls. 298 a 299, cuaderno No. 1):

“(...) Le informo que la documentación por usted remitida a esta Dirección mediante comunicación radicada en esta superintendencia con el NURC 8008-1-152773 de diciembre 1 de 2004, no responde a la solicitud formulada, por cuanto el documento requerido es el archivo electrónico del cálculo efectuado para allegar a las conclusiones presentadas en el respectivo estudio de mercado, no una copia del archivo electrónico en el que se digitó el texto completo del estudio, cuya copia en medio físico ya reposa en el archivo de esta Dirección.

Por tal razón, se le solicitó a la sociedad Bens Comunicaciones B&S LTDA., remitir a este Despacho lo más pronto posible la documentación requerida, frente a lo cual, la mencionada empresa en un primer momento, expresó que necesitaba al menos (8) día para atender la solicitud de esta Superintendencia; no obstante y, luego de manifestarle este Despacho la urgencia de la Lotería de Santander por consolidar y perfeccionar el respectivo Estudio de Mercado a fin de proceder al correspondiente proceso licitatorio para entregar en concesión la explotación del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Santander para el período 2005-2010, accedió a suministrar dicha documentación a más tardar el día lunes 6 de diciembre de 2004.

En ese orden de ideas, la revisión que esta Dirección adelanta al mencionado estudio de mercado no podrá continuarse hasta tanto la Lotería de Santander suministre la documentación requerida; le reitero por consiguiente la solicitud formulada mediante la citada comunicación de fecha noviembre 30 de 2004, la cual deberá ser atendida a más tardar el día 6 de diciembre de 2004. (...).”

El 14 de diciembre de 2004, Director General para el Control de Rentas Cedidas, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Oficio 8008-1-152773 le manifestó, nuevamente al demandante, que la información allegada en respuesta a su requerimiento de 3 de diciembre de 2004 no era la solicitada. Sin embargo, en esta oportunidad, la Superintendencia Nacional de Salud efectuó una serie de observaciones sobre el contenido del estudio de mercado elaborado por la empresa Bens Comunicaciones, en los siguientes términos (fls. 296 a 297, cuaderno No. 1):

“(...) me permito informarle que la documentación por usted remitida a esta dirección mediante comunicación radicada en esta superintendencia con el NURC8008-1-152773 de fecha diciembre 9 de 2004, no responde a la solicitud formulada, por cuanto el documento requerido, se reitera, es el archivo electrónico del cálculo efectuado para llegar a las conclusiones presentadas en el respectivo estudio de mercado, no una copia de los

archivos electrónicos en los que se tabularon las encuestas realizadas por el consultor contratado para desarrollar el respectivo estudio de mercado.

No obstante lo anterior y, en virtud de lo dispuesto en el literal b) ordinal 3 del artículo 14 del Decreto Ley 1259 de 1994, por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud, esta Dirección efectúa las siguientes observaciones al estudio de mercado contratado por la Lotería de Santander con el objeto de adelantar el proceso licitatorio que culmine con la entrega en concesión del juego de apuestas permanentes en dicho departamento para el período 2005-2010:

- 1. En un comienzo se indica que el método utilizado para determinar el tamaño de la muestra es aleatorio simple no estratificado, sin embargo en la provincia de Soto y Barrancabermeja, los datos obtenidos y presentados son producto de la utilización de un método estratificado.**
- 2. En un comienzo se indicaba que el tamaño de la muestra es de 400 personas, sin embargo para efectos de la estimación del potencial del juego en el mencionado período, sólo se toman los jugadores, luego se desconoce cuál es el tamaño real de la muestra utilizada.**
- 3. El Estudio no realiza una estimación del potencial del mercado de apuestas permanentes en las distintas provincias, tampoco efectúa proyecciones del mismo para el período objeto de análisis.**
- 4. Las formulaciones estadísticas de y^* (promedio), S_y (desviación estándar) y e_e (error o cota de error) no tienen soporte en los resultados obtenidos producto del análisis de las encuestas practicadas.**
- 5. En la proyección de ingresos no se tiene en cuenta la situación diversa de las provincias de acuerdo a los resultados obtenidos producto del análisis de las encuestas practicadas.**
- 6. Se desconoce la forma en que variables como el Producto Interno Bruto –PIB-, el índice de Precios al Consumidor –IPC- y la Población Económicamente Activa –PEA- recogidas en la fórmula $PIB \cdot IPC \cdot PEA$, afecta la determinación de los ingresos brutos esperados para el período objeto de análisis.**
- 7. Pareciera que no existe relación alguna entre los resultados obtenidos a partir de las encuestas practicadas y la proyección de ingresos brutos esperados para el período comprendido entre el 1 de octubre de 2004 y el 31 de diciembre de 2010 contenida en el Capítulo II del estudio de mercado.**

Para responder las anteriores observaciones se concede un plazo improrrogable de dos (2) días, contados a partir de la fecha de recibo de esta comunicación (...).

En respuesta a las anteriores observaciones, el Gerente de la Lotería de Santander, mediante oficio de 16 de diciembre de 2004, manifestó que (fl. 44, cuaderno No.2) “Con respecto a las observaciones que usted formula al estudio de mercados adelantado por la Lotería Santander con el objeto de adelantar proceso licitatorio para la concesión de la explotación de las apuestas permanentes en este Departamento, teniendo en cuenta que son aspectos estrictamente técnicos contenidos en el oficio citado en la referencia y que requieren de la más precisa

sustentación por parte del consultor Bens Comunicaciones LTDA, fue concedida por ustedes para el próximo lunes a las 9:30 AM en las oficinas de esa Superintendencia la misma que el día de ayer fue concertada con su asesor el Dr. Caicedo. Ocasión en que la Lotería contará con la presencia de los técnicos de la firma consultora y que esperamos sea atendida con los funcionarios de la Superintendencia que ha atendido las observaciones sobre este tema.“

Finalmente, en lo que se refiere a la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud, en el proceso licitatorio 001 de 2005, su Director General para el Control de Rentas Cedidas mediante Oficio No. 8008-1-152773, el 24 de diciembre de 2004, manifestó que la respuesta a las observaciones formuladas al estudio de mercado elaborado por la empresa Bens Comunicaciones no se relacionaban con lo solicitado.

Para mayor ilustración se transcribe el contenido parcial del referido oficio (fls 285 a 286, cuaderno No.1):

“(...) 1. La respuesta a las observaciones formuladas al estudio de mercado, remitidas a esta Superintendencia mediante oficio No. 1922 de diciembre 16 de 2004, radicado en esta entidad el día 20 de diciembre del mismo año, no responden las observaciones efectuadas; cuestionamiento que tampoco se atienden y esclarecen en la reunión efectuada en la misma fecha en las instalaciones de la Superintendencia Nacional de Salud.

2. En la citada reunión, se reiteró la solicitud de claridad sobre puntos específicos del requerimiento como son el potencial del mercado en las distintas provincias y las proyecciones de ingresos en cada una de ellas, los soportes de las formulaciones estadísticas y, Sy, ee, (punto 4 del requerimiento), los soportes técnicos de las formulaciones utilizadas en las proyecciones de los ingresos brutos esperados, todas con bases de datos y cálculos con el fin de realizar una auditoría técnica.*

3. Considerando que ni en la respuesta a las observaciones formuladas ni en la referida reunión se aclaran los puntos citados, a solicitud de la Lotería se cita nuevamente a reunión se aclaran los puntos citados, a solicitud de la Lotería se cita nuevamente a reunión el día 22 de diciembre de 2004, con el compromiso por parte de la Lotería de aclarar las preguntas efectuadas y soportarlas con las bases de datos y cálculos requeridos.

4. El día 22 de diciembre de 2004, la Lotería a través de su contratista presenta nuevamente un documento en el que pretende dar respuesta a las observaciones formuladas a esta Dirección. Ante las explicaciones ofrecidas, se solicita nuevamente bases de datos y cálculos de los valores promedio de apuestas para los años 2002 (\$19.39), 2003 (\$880,04) y 2004 (903.00) citados en el numeral 2 del documento entregado por la empresa que realizó el estudio; en el punto 3 del mismo documento, se presentan las cifras numéricas de formularios por provincia, sin el soporte suficiente; lo mismo ocurre con los puntos 5 y 6 del documento presentado. Al término de la reunión, la Lotería a través del contratista se compromete nuevamente a enviar a la Superintendencia Nacional de Salud, en el transcurso del día, las bases de datos y cálculos soporte del último documento presentado.

5. A la fecha no se han recibido las bases de datos y los cálculos solicitados, razón por la cual hasta el momento la Lotería de Santander no ha atendido de manera efectiva y satisfactoria los requerimientos efectuados por esta Superintendencia a partir del 30 de noviembre del presente año.

Por lo anterior, esta entidad considera que el estudio de mercado adelantado por la Lotería de Santander con el objeto de entregar en concesión la operación del juego de apuestas permanentes en dicho departamento para el período 2005-2010 no cuenta con el soporte técnico suficiente de tal suerte que se garantice una eficiente explotación del monopolio de apuestas permanentes, que permita a su turno generar niveles crecientes de transferencia al sector salud. En ese orden de ideas se dará traslado de la documentación correspondiente a los organismos de control pertinentes.(...).”

Por su parte, la Cámara de Comercio de Bucaramanga, mediante Oficio No. 127403 de 7 de enero de 2005, le solicitó al Gerente de la Lotería de Santander la suspensión de proceso licitatorio 001 de 2005, al estimar que, teniendo en cuenta las observaciones formuladas por la Superintendencia Nacional de Salud, la referida licitación no contaba con el soporte técnico suficiente que garantizara la adecuada explotación del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en el Departamento de Santander.

Así se expresó en esa oportunidad por la Cámara de Comercio de Bucaramanga (fls. 17 a 18, cuaderno No. 2):

“(...) Para la Cámara debe tenerse en cuenta lo advertido por la Superintendencia Nacional de Salud en comunicación de diciembre 24 de 2004, en la que manifestó ”... esta entidad considera que el estudio de mercado adelantado por la Lotería de Santander con el objeto de entregar en concesión la operación del juego de apuestas permanentes en dicho departamento para el período 2005-2010 no cuenta con el soporte técnico suficiente de tal suerte que se garantice una eficiente explotación del monopolio de apuestas permanentes, que permita a su turno generar niveles crecientes de transferencia al sector salud. En ese orden de ideas se dará traslado de la documentación correspondiente a los organismos de control pertinentes.”

RECOMENDACIÓN: *Lo anterior significa que la columna vertebral de la licitación, el estudio de mercado, tiene serios reparos, formulados, justamente por parte del organismo que ejerce vigilancia sobre las loterías. Toda vez que este estudio constituye un referente fundamental para la estimación del ingreso esperado y, por ende para el cálculo de las transferencias que percibiría la Lotería.*

La anterior circunstancia suscita una enorme preocupación, en la medida en que se está convocando una licitación que descansa fundamentalmente sobre un estudio que, a juicio de la Superintendencia de Salud, no cuenta con la debida la (sic) sustentación técnica. En consecuencia, la Cámara considera de elemental prudencia proceder a suspender el proceso licitatorio mientras se adelantan los estudios de rigor para superar la glosa de la Superintendencia.”

c. Consideraciones de la Sala en relación con el estudio de mercado que precedió a la licitación 001 de 2005

Sobre este particular, observa la Sala en primer lugar, tal y como lo manifestó la Procuraduría General de la Nación en los actos administrativos hoy cuestionados, que la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control adelantó un seguimiento a la elaboración del estudio de mercado que sirvió de soporte al proceso licitatorio mediante el cual la Lotería Departamental de Santander entregó en concesión la explotación del monopolio como arbitrio rentístico de juegos de suerte azar a un tercero.

En efecto, producto de dicho seguimiento se puede afirmar que la Superintendencia Nacional de Salud advirtió una serie de falencias que comprometían la fiabilidad del referido estudio. En concreto se cuestionó: i) la metodología utilizada para la obtención de las muestras en los municipios de Soto y Barrancabermeja, dado que ésta no fue producto de un método simple, no estratificado, como se había anunciado inicialmente ii) la imposibilidad de establecer el tamaño real de la muestra utilizada en el estudio para efectos de estimar el potencial de los jugadores en el Departamento de Santander iii) la no estimación del potencial del mercado de apuestas en las distintas provincias del Departamento de Santander iv) el hecho de que el promedio, la desviación estándar y la *cota* de error no contaban con el soporte en los resultados obtenidos en las encuestas practicadas v) la circunstancia de que la proyección de los ingresos no tenía en cuenta la situación de las distintas provincias del Departamento de Santander y vi) el desconocimiento de la forma como los indicadores IPC (índice de precios al consumidor), PIB (producto interno bruto) y PEA (población económicamente activa) afectaban los ingresos brutos que se esperaban recaudar por concepto de la explotación del monopolio como arbitrio rentístico

Tales observaciones, debe decirse, fueron puestas en conocimiento del Gerente de la Lotería Departamental de Santander mediante Oficio 8008-1-152773 de 14 de diciembre de 2004, de la Superintendencia Nacional de Salud, sin que el referido funcionario procediera a desvirtuarlas (fls. 296 a 297, cuaderno No. 1).

Lo propio hizo la Cámara de Comercio de Bucaramanga¹⁰ cuando mediante Oficio 127403 de 7 de enero de 2005 le solicitó al Gerente de la Lotería de Santander suspender el proceso licitatorio 001 de 2005, teniendo en cuenta las observaciones formuladas por la Superintendencia Nacional de Salud, en el entendido, de que el referido proceso contractual no contaba con el soporte técnico suficiente que asegurara la adecuada explotación del monopolio como arbitrio rentístico para los juegos de suerte y azar en el Departamento de Santander (fls. 17 a 18, cuaderno No. 2).

En este punto, estima la Sala pertinente advertir que las referidas observaciones se desprenden del análisis que la Superintendencia Nacional de Salud adelantó sobre el documento contentivo del informe final del estudio de mercado contratado por la Lotería de Santander con la empresa Bens Comunicaciones toda vez que, la Lotería departamental de Santander mantuvo una actitud evasiva frente a la solicitud de la Superintendencia Nacional de Salud para que suministrara “copia del archivo electrónico” que contenía las bases de datos que sirvieron de soporte para adelantar el referido estudio.

¹⁰ En ejercicio de la función de veeduría ciudadana prevista en el Decreto 1259 de 1993.

Lo anterior queda plenamente demostrado en los oficios de 3, 14 y 24 de diciembre de 2004 a través de los cuales la Superintendencia Nacional de Salud le manifestó al Gerente de la Lotería de Santander, que frente al requerimiento inicial de allegar las bases de datos que sirvieron de soporte para efectuar el controvertido estudio de mercado, siempre se limitó a enviar copia del estudio de mercado, documento que ya se encontraba en poder de la mencionada Superintendencia o, en su defecto, a referirse a cuestiones distintas que no absolvían de fondo las observaciones previamente manifestadas (fls. 285 a 286 y 296 a 299, cuaderno No.1).

Incluso, advierte la Sala que en la reunión de 22 de diciembre de 2004 celebrada entre la Superintendencia Nacional de Salud y la Lotería de Santander, esta última no sólo no allega la documentación solicitada sino que tampoco cumple con el compromiso de enviarla antes de que finalizara ese día, a las instalaciones de la Superintendencia Nacional de Salud.

En este mismo sentido, se observa que en el acápite del estudio de mercado denominado “estimación potencial del juego” se hace referencia al comportamiento histórico de consumo de talonarios de apuestas en el Departamento de Santander, respecto del año 2003 cuando el estudio había sido contratado para analizar el comportamiento del mercado durante el año 2004, como proyección al contrato que concesión que se suscribiría por el período 2005 a 2010 (fl. 253, cuaderno No. 9).

A lo anterior se suma el hecho de que para el momento en que se adelantó el citado estudio de mercado, la Superintendencia Nacional de Salud mediante Circular externa No. 000017 de 7 de julio de 2005, había fijado las pautas que debía seguir un estudio de mercado previo a la adjudicación de contratos de concesión para la explotación de monopolios como arbitrio rentístico en juegos de suerte azar.

Para mayor ilustración se transcriben apartes de la referida circular (fls. 417 a 427, cuaderno No. 4):

**“MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
CIRCULAR EXTERNA No. 000017
07 JUL 2005**

Para: Entidades que exploten, administren u operen el juego de apuestas permanentes o chance y sus gerentes, miembros de juntas directivas representantes legales y revisores fiscales.

Asunto: Estudio de mercado y contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance y otras disposiciones.

I. Presentación

En este sentido, reviste especial importancia, para efectos del adecuado control y seguimiento a las actividades de explotación y operación del juego de apuestas permanentes o chance, establecer los objetivos generales y específicos que deben cumplir los estudios de mercado en el marco de un contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes. (...)

II. Instrucciones Generales

1. Objeto general del estudio de mercado.

El estudio de mercado que deben realizar las entidades concedentes del juego de apuestas permanentes o chance, en aplicación de los artículos 23 de la Ley 643 de 2001 y 25, ordinal 12, de la Ley 80 de 1993 tienen por objeto analizar las condiciones relevantes de explotación del juego de apuestas permanentes en toda la jurisdicción territorial – Departamentos y Distrito Capital- en la que se va a autorizar la operación del juego, a fin de

establecer, cuantificar y correlacionar los principales factores que inciden en la determinación del valor total de los ingresos brutos que se espera genere la respectiva concesión en un determinado período de tiempo y, consecuentemente, en la fijación de los derechos de explotación correlativos.

2. Objetivos específicos del estudio de mercado.

El estudio de mercado que corresponde efectuar a las entidades concedentes del juego de apuestas permanentes o chance, en cumplimiento de las disposiciones antes mencionadas debe determinar.

- a) El tamaño del mercado de todos los juegos de suerte y azar que tengan relación o afecten el juego de apuestas permanentes o chance que operan en la respectiva jurisdicción territorial.*
- b) El tamaño del mercado del juego de apuestas permanentes o chance en la respectiva jurisdicción territorial.*
- c) El monto de ingresos brutos que se espera genere la respectiva concesión durante su término de duración y;*
- d) El valor mensual y anual que por concepto de derechos de explotación debe producir la respectiva concesión (...)."*

Lo expuesto deja en evidencia, que la Superintendencia Nacional de Salud, como organismo técnico, y en ejercicio de su función de inspección, vigilancia y control advirtió una serie de falencias en el estudio de mercado que antecedió al proceso licitatorio 001 de 2005 las cuales, no fueron desvirtuadas por la Lotería Departamental de Santander pese a los múltiples requerimientos que en este sentido le formuló la referida Superintendencia y, a su turno, la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

El hecho de que la Lotería Departamental de Santander no hubiera atendido las observaciones de la Superintendencia Nacional de Salud y a la solicitud de suspensión del proceso licitatorio 001 de 2005 efectuada por la Cámara de Comercio de Bucaramanga le permite afirmar a la Sala que, el soporte técnico que se utilizó para estructurar el citado proceso licitatorio no resultaba fiable en su integridad dado que, como quedó visto, en él no fue posible establecer con certidumbre el tamaño de la muestra que se utilizó, sumado al hecho de que no se hubiera efectuado una estimación del potencial del mercado de apuestas en el ente territorial, así como la utilización de métodos para obtener las muestras distintos a los preestablecidos, entre otras falencias.

Tal circunstancia, como lo advirtió la Procuraduría General de la Nación, permite afirmar que el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas, en su condición de Gerente de la Lotería Departamental de Santander, omitió el deber previsto tanto en el numeral 12¹¹ del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 como en el inciso 3¹² del artículo 23 de la Ley 643 de 2001, en cuanto le correspondía elaborar en debida forma el estudio, como paso previo al proceso contractual 001 de 2005, esto es, con aplicación de los principios contractuales de economía y planeación, con el fin de

¹¹ **ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio: (...)

12. (en su texto original) Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia."

¹² **ARTICULO 23. DERECHOS DE EXPLOTACION.** (...) *En el caso de nuevos concesionarios el primer pago de anticipo se realizará con base en los ingresos brutos esperados, de acuerdo con el estudio de mercado elaborado para el efecto y presentado en el marco de la licitación previa a la celebración del contrato de concesión."*

garantizar la adecuada explotación del monopolio como arbitrio rentístico de los juegos de suerte y azar en el Departamento de Santander.

Resulta de vital importancia, para la Sala recordar, que el estudio de mercado efectuado por la empresa Bens Comunicaciones **constituía la base de todo el proceso contractual mediante el cual se adjudicó en concesión la explotación del monopolio como arbitrio rentístico para los juegos de suerte y azar, e incluso de lo que por concepto de derechos de explotación recibiría inicialmente el departamento de Santander**, dado que con fundamento en él se elaboró el pliego de condiciones que sirvió de guía al desarrollo de todo el proceso contractual antes referido y, adicionalmente, porque tratándose de un nuevo concesionario, el primer pago por derechos de explotación que se le hacía al Departamento de Santander se efectuaba *“con base en los ingresos brutos esperados, de acuerdo con el estudio de mercado elaborado para el efecto (...)”*. artículo 23 de la Ley 643 de 2001.

Pago en relación con el cual, debe decirse, tiene la connotación de renta fiscal de evidente naturaleza pública, que por mandato del constituyente de 1991 y el legislador cuenta con una destinación específica, esto es, para el financiamiento de los servicios de salud. Lo anterior, deja en evidencia la relevancia de los pasos previos, concomitantes y posteriores a un proceso contractual, como el 001 de 2005, en la medida en que a través de éstos se asegura la consecución de los recursos con que cuenta la Nación, y sus distintos entes territoriales, para costear los servicios de salud, que se prestan muchas más veces a la población más necesitada.

Resulta reprochable, como lo estimó la Procuraduría General de la Nación, que el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas, en su condición de Gerente de la Lotería de Santander, hubiera omitido el deber funcional que le asistía de haber garantizado la elaboración de un estudio de mercado, en los términos y condiciones previstas por la Superintendencia de Salud, que diera cuenta de las necesidades del Departamento de Santander, en lo que se refiere a los juegos de suerte y azar, con el fin de garantizar la adecuada explotación de ese monopolio como arbitrio rentístico y, en consecuencia, los recursos para financiara los servicios de salud en ese departamento.

No se trata como lo señala el demandante, en el escrito de la demanda, que en el caso concreto el departamento de Santander pese a las supuestas falencias en que incurrió el estudio de mercado, no vio afectado sus ingresos por concepto de la explotación al monopolio como arbitrio rentístico para los juegos de suerte y azar toda vez, que para el derecho disciplinario, dirá la Sala, lo que resulta relevante es la inobservancia del servidor público a su deber funcional y no el resultado mismo de la conducta¹³.

Estima la Sala, en este punto, pertinente recordar que en materia de derecho disciplinario, a diferencia del penal, resulta relevante para efectos de estructurar la responsabilidad disciplinaria, el concepto de **“ilicitud sustancial”**, entendido éste como la inobservancia de los servidores públicos a los deberes funcionales que le han sido atribuidos por la constitución, la ley y los reglamentos, **a partir del desvalor en su actuar**, esto es, se repite, no a través del quebrantamiento formal sino material de los deberes previamente asignados¹⁴.

¹³ Al respecto puede verse la sentencia C-373 de 15 de mayo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ Al respecto puede verse la sentencia, de esta Sección, de 16 de febrero de 2012. Rad. 0384 2010. M.P. Gustavo Gómez Aranguren, en la que se precisó: *“(…) Mientras en el derecho disciplinario se infringen deberes funcionales, en el delito se vulneran bienes jurídicos, lo cual sin duda está relacionado con el principio de responsabilidad jurídica que delimita la obligación del servidor público, dado que este es responsable por infringir la constitución y la ley, por la omisión y extralimitación de sus funciones, y por el respeto a las prohibiciones y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Conexa con la anterior, en materia penal la descripción de los hechos punibles es detallada, en tanto, en la disciplinaria el fallador cuenta*

El hecho de que el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas hubiera inobservado el deber funcional que en su condición de servidor público, Gerente de la Lotería Departamental de Santander, le asistía, esto es, de elaborar un estudio de mercado que garantizara la adecuada explotación del monopolio como arbitrio rentístico para juegos de suerte y azar en el Departamento de Santander, resultaba suficiente para que su conducta fuera objeto de reproche disciplinario de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1¹⁵ del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el inciso 3 del artículo 23 de la Ley 643 de 2001.

Así las cosas, resulta acertada la decisión de la Procuraduría General de la Nación en cuanto estimó que el disciplinado había “incumplido” lo señalado en el artículo 34, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, toda vez que en el caso concreto, “*para la licitación 001 de 2005, no se elaboró un estudio técnico de mercado en la forma exigida por el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, pues el allegado para adelantar el referido proceso licitatorio, no colmaba las exigencias que un estudio de mercado de esta índole requiere, por las fallas que en forma notoria y reiterada contenía el elaborado por Bens Comunicaciones (...).*” (fl. 36, cuaderno No.1).

Ahora bien, en cuanto al análisis de culpabilidad y la calificación de la falta efectuada por la Procuraduría General de la Nación, en los fallos hoy cuestionados, estima la Sala que, tal como lo consideró la Procuraduría la misma se califica a título de dolo, toda vez que el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas era consciente de las falencias que presentaba el estudio de mercado y, sin embargo, decidió utilizarlo como soporte al proceso contractual 001 de 2005, según consta en las múltiples advertencias y objeciones presentadas por la Superintendencia de Salud a su Despacho en los meses de noviembre y diciembre de 2004.

Ahora bien, en lo que respecta a la gravedad de la falta debe decirse que, conforme lo dispuesto en el numeral 31¹⁶ del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, ésta tienen el carácter de gravísima, dado que según lo afirmó la Procuraduría General de la Nación, y quedó demostrado en precedencia, el demandante en el marco del proceso licitatorio 001 de 2005, actuó en abierto desconocimiento del principio de economía previsto en el numeral 12¹⁷ del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al no elaborar un estudio de mercado en debida forma.

con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan con los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario. En el ámbito disciplinario entonces, no es el detrimento patrimonial o el resultado dañoso del patrimonio del Estado lo que causa la infracción, sino la infracción al deber, a partir de un desvalor de la acción y no de su resultado, porque cuando se produce un daño además de infringir un deber funcional, se convoca un agravante de la conducta que debe ser dosificado por el competente de acuerdo a diversas variables contempladas en ese régimen. (...).”

¹⁵ **ARTÍCULO 34. DEBERES.** Son deberes de todo servidor público:

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

¹⁶ **ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS.** Son faltas gravísimas las siguientes: (...)

31. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, **o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal** y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.”

¹⁷ **ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio: (...) 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia. (...).

Así las cosas, de acuerdo con el numeral 1¹⁸ del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la sanción que debía imponérsele al demandante no era otra que la de destitución e inhabilidad general toda vez que, se repite, la conducta reprochable en que incurrió, esto es, la inobservancia del principio de economía dentro del proceso licitatorio 001 de 2005, se calificó como gravísima dolosa.

Concluye la Sala, con fundamento en el estudio previamente efectuado, que el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, en punto del primero de los cargos formulados en sede del proceso disciplinario, a saber, la inobservancia al deber que como servidor público, Gerente de la Lotería Departamental de Santander, le imponía el ordenamiento en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el inciso 3 del artículo 23 de la Ley 643 de 2001.

IV. Del concurso de faltas disciplinarias en el caso concreto

Sobre este particular, advierte la Sala que en el caso concreto la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso disciplinario que adelantó en contra del demandante encontró probada, además de la falta analizada en precedencia, la omisión al deber que le imponía el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, esto es, referida a la exigencia de que los estados financieros de los proponentes, dentro de un proceso licitatorio, debían estar certificados y dictaminados por contador público y revisor fiscal, respectivamente.

En efecto, sostuvo la Procuraduría General de la Nación que en el proceso licitatorio 001 de 2005 *“no se exigió en el pliego de condiciones (...) la presentación de estados financieros dictaminados o certificados”* razón por la cual no fue posible rechazar las ofertas de los proponentes que no acreditaran este requisito.

Descendiendo al caso concreto, estima la Sala conveniente precisar que la anterior circunstancia deja en evidencia la existencia de un concurso de faltas disciplinarias, entendiendo por esta la posibilidad de que con uno o varios comportamientos un servidor público pueda vulnerar, el mismo o distintos deberes funcionales, constitutivos a su vez de falta disciplinarias.

En efecto, sobre este particular, debe precisarse que en materia disciplinaria pueden presentarse tres variedades de concursos de faltas, a saber: *“i) cuando un mismo comportamiento humano subsume dos o más tipos disciplinarios que no se excluyen entre sí, caso en el cual se tratará de un concurso ideal o aparente; ii) cuando varias acciones llevadas a cabo con un mismo propósito, vulneran, en diversas oportunidades, el mismo deber funcional, es decir, se tratará de una falta disciplinaria continuada y iii) cuando unas o varias acciones u omisiones llevadas a cabo por el mismo funcionario público con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas, caso en el cual se estará ante un concurso material o real.”*¹⁹

Lo anterior, sin duda alguna, ha puesto de presente históricamente la necesidad de precisar distintas formas de graduación de las sanciones disciplinarias, en los eventos en que el funcionario instructor se enfrenta a una pluralidad de conductas, cada una de ellas con una gravedad y consecuencias distintas. En este sentido, debe sostenerse que, la figura del concurso de conductas disciplinarias ha dado lugar a distintos métodos o formas de graduación de la sanción a imponer entre los que se destacan: i) la acumulación material; ii) la absorción y iii) la acumulación jurídica.

¹⁸ *“ARTÍCULO 44. CLASES DE SANCIONES. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:*
1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
(...).”

¹⁹ Al respecto puede verse la sentencia C-1076 de 5 de diciembre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

El primero de estos, la acumulación material, se refiere a la imposición de la suma de las sanciones correspondientes a las faltas en que haya incurrido el servidor público disciplinado, el segundo; denominado absorción, sostiene que siempre debe imponerse la sanción disciplinaria que corresponda a la falta más grave y el tercero, esto es, la acumulación jurídica, admite la posibilidad de la acumulación de sanciones disciplinarias, pero dentro de los límites fijados previamente por la ley.

En lo que se refiere concretamente al sistema adoptado por la Ley 734 de 2002, código único disciplinario, debe precisarse que su artículo 47 establece, en primer lugar, los criterios para la graduación de las sanciones disciplinarias ante la ausencia de un concurso de faltas y, en segundo lugar, se enumeran los criterios para la graduación de las sanciones en los casos en que se advierta un concurso de conductas disciplinarias.

Para mayor ilustración se transcribe el citado artículo 47 de la Ley 734 de 2002:

“ARTÍCULO 47. CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;*
- b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;*
- c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;*
- d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;*
- e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;*
- f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;*
- g) El grave daño social de la conducta;*
- h) La afectación a derechos fundamentales;*
- i) El conocimiento de la ilicitud;*
- j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.*

2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;*
- b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;*
- c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;*
- d) Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal;*

e) <Literal INEXEQUIBLE> ~~Si las sanciones a imponer para cada una de las faltas son la multa o la amonestación, se impondrán todas.~~”.

De acuerdo con la norma transcrita debe entenderse que los literales a, b, c y d del numeral segundo hacen referencia a un sistema de acumulación jurídica que conduce a la absorción de faltas, en el que se impone la sanción más grave sin que en ningún caso se exceda el máximo legal, por su parte el literal e, en su texto original, acogía el sistema de la acumulación aritmética de sanciones, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 1076 de 5 de diciembre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, bajo las siguientes consideraciones:

*“(…) El artículo 47 de la Ley 734 de 2002 en su numeral primero establece los criterios para la graduación de la sanción disciplinaria, cuando no se presenta un concurso de faltas. El numeral segundo del mismo artículo establece los criterios para la graduación de la sanción en los casos de los concursos ideal, material o real y la falta continuada. Para resolver esta diversidad de concursos, el legislador acogió dos técnicas: **en los literales a), b), c) y d) del numeral segundo del artículo 47 de la Ley 734 de 2002 acogió la acumulación jurídica de las sanciones que conduce a que se produzca una absorción de faltas según la cual sólo se impone la sanción más grave, sin exceder el máximo legal;** quiere ello significar, que nunca podrán imponerse más de veinte años para la inhabilidad general, doce meses para la inhabilidad especial, el mismo tiempo para la suspensión y ciento ochenta días de salario básico mensual como multa, atendiendo a que ellas, respectivamente, aparezcan como las más graves; por el contrario, en el literal e) de la misma norma se consagra una acumulación aritmética de sanciones disciplinarias. Por tal razón, es preciso examinar si el tratamiento desigual consagrado en el último literal, vulnera o no el principio de igualdad, tal y como lo sostiene el actor en su demanda.*

La Corte no observa justificación constitucional alguna para que en el tratamiento de la resolución de los concursos se haya recurrido a dos técnicas jurídicas distintas, una de ellas que resulta desproporcionada, específicamente la del literal c) en estudio, que acoge la acumulación aritmética de faltas solo para ser aplicada a los comportamientos sancionables con multa o amonestación, es decir, aquellos eventos de faltas leves, a diferencia del criterio de la absorción, acogido en los otros literales, para los concursos de las faltas disciplinarias de mayor entidad, vulnerándose de esta manera la Constitución, pues en el primer caso la sanción a imponer no guarda correspondencia con las faltas cometidas.

En el caso del concurso entre las faltas más lesivas contra los deberes respecto de las funciones de la administración pública se previó, se insiste, el mecanismo de la absorción, en tanto que para las menos lesivas, el de la acumulación aritmética, es decir el legislador sancionó de manera más drástica comportamientos menos lesivos apartándose del principio general que indica que quien comete faltas más graves debe recibir una mayor sanción.

En suma, si bien el legislador goza de un margen de discrecionalidad para establecer los criterios encaminados a resolver los concursos de

las faltas disciplinarias, el ejercicio de tal competencia no puede conducir a resultados desproporcionados y atentarios contra el principio de igualdad, en el sentido de establecer un tratamiento diferente e injustificado entre los sujetos destinatarios de la sanción disciplinaria.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexecutable del literal e) del inciso segundo del artículo 47 de la Ley 734 de 2002.(...).”.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y descendiendo al caso concreto advierte la Sala que la Procuraduría General de la Nación frente al concurso material o real de faltas en que incurrió el actor, **las cuales debe decirse fueron calificadas como gravísima y grave respectivamente**, aplicó finalmente el sistema de la absorción, en el entendido en que únicamente le fue impuesta la sanción de destitución e inhabilidad general a que daba lugar la comisión de una falta gravísima en los términos del numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

En efecto, la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, que acarrea la comisión de una conducta grave dolosa no fue considerada por la Procuraduría General de la Nación en el caso concreto en virtud al sistema de absorción. Lo anterior, adicionalmente, porque esta última sanción, la de suspensión e inhabilidad especial, evidentemente resultaría excluyente frente a la de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la sanción impuesta al señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas, esto es, la de destitución e inhabilidad general, deviene de la comisión de la conducta analizada en el acápite en precedencia²⁰, cuya legalidad como quedó visto permanece incólume dirá la Sala, no resulta necesario analizar los restantes cargos formulados en la demanda, toda vez que, se repite, la referida sanción de destitución e inhabilidad general, **a la que se circunscribe la pretensión de nulidad en este caso**, se mantiene en firme dado que el demandante no desvirtuó su presunción de legalidad.

Bajo estos supuestos, la Sala habrá de desestimar los cargos formulados por el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas en la demanda en contra de los fallos disciplinarios de 30 de noviembre de 2005 y 19 de julio de 2006 a través de los el Viceprocurador y el Procurador General de la Nación le impusieron y confirmaron, respectivamente, la sanción de destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas por el término de 10 años.

V. De la responsabilidad disciplinaria y penal de los servidores públicos.

A folio 751 del cuaderno No. 1 del expediente, memorial suscrito por el apoderado del actor mediante el cual allega copia de la providencia de 6 de enero de 2012, proferida por la Fiscalía 62 delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se ordena la preclusión de la investigación penal que se adelantaba contra el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas por la presunta comisión de los delitos de prevaricato por acción, interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales,

²⁰ Al omitir el deber consignado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el inciso 3 del artículo 23 de la Ley 643 de 2001.

ello con ocasión del proceso licitatorio 001 de 2005, que adelantó en su condición de Gerente de la Lotería Departamental de Santander.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho que sustancia la presente causa, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso y los principios de defensa y contradicción, mediante auto de 26 de julio de 2012 puso en conocimiento de la entidad demandada el memorial antes referido (fls. 755 756, cuaderno No.1). El 16 de agosto de 2012 la Procuraduría General de la Nación, en consideración al anterior traslado, consideró que si bien la acción penal y disciplinaria coinciden en algunos tópicos, su naturaleza y filosofía les atribuyen características independientes a cada una de ellas.

En efecto, en aquella oportunidad, precisó la Procuraduría General de la Nación que la acción penal está asociada fundamentalmente con la protección de bienes jurídicamente tutelados mientras que la acción disciplinaria se debe relaciona con el cumplimiento estricto de los deberes que le asisten a quienes ejercen la función pública.

Siguiendo la misma argumentación expuesta por la Procuraduría General de la Nación, resulta pertinente señalar que este Despacho en reciente providencia de 11 de diciembre de 2012. Rad. 11001-03-25-000-2005-00012-00. Actor. Fernando Londoño Hoyos, a propósito de la concurrencia de la acción penal y disciplinaria, frente a la conducta de los servidores públicos sostuvo que:

“(…) El principio de responsabilidad jurídica de los particulares y los servidores públicos está previsto en el artículo 6 de la CP, al establecer que: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Este principio dentro del que se enmarca el ejercicio de la función pública y al que quedan sometidas de manera imperativa todas aquellas personas que se vinculan al Estado, armoniza con las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 121, 122, 123, 127, 128 y 209.

En lo que respecta a la sanción disciplinaria, ésta al tenor del artículo 16 de la Ley 734 de 2002 “tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”.

Igualmente se resalta que el régimen disciplinario garantiza la efectiva observancia de los deberes que el servicio le impone a los funcionarios con el fin de asegurar el correcto funcionamiento de la administración pública. Esta finalidad en nada resulta incompatible, como tampoco se confunde con la responsabilidad penal que se derive de la conducta típicamente enjuiciable.

En este orden de ideas, la causal descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, encuentra justificación dentro de la autonomía que le es propia al derecho disciplinario, y la imposición de la sanción de destitución (establecida la culpabilidad del sujeto), por haber incurrido el sujeto disciplinable en la falta gravísima descrita en la norma, no está condicionada a la existencia de un pronunciamiento del juez que declare la responsabilidad penal de la conducta. Esto en tanto, el proceso administrativo disciplinario persigue una finalidad distinta al juicio penal, atendiendo el objeto y los bienes jurídicos que se protegen en una y otra disciplina.

Según el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, el sujeto disciplinable, para asegurar el cumplimiento de la función pública en beneficio de los intereses y necesidades de la comunidad; así como el ejercicio de sus competencias bajo los principios constitucionales de la moralidad, eficacia, igualdad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

Y, según el artículo 23 ibídem, constituye falta disciplinaria, que da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el CDU que conlleve: i) incumplimiento de deberes, ii) extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, iii) prohibiciones y iv) violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad.

*Las faltas disciplinarias de acuerdo con la preceptiva constitucional contenida en el artículo 124, son definidas por el legislador y, como lo ha reiterado la Corte Constitucional: "...corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, **sean o no delitos**, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas.*

(...)."

Bajo estos supuestos, teniendo en cuenta que la prohibición de las conductas delictivas difieren de las disciplinarias en cuanto que las primeras tienen por finalidad la defensa de bienes jurídicamente tutelados a favor de la sociedad mientras las segundas, buscan garantizar el adecuado desempeño de un servidor público, en el ejercicio de la función pública, dirá la Sala que el hecho de que la investigación penal que se venía adelantado en contra del actor por parte de la Fiscalía General de la Nación hubiera sido precluida, *per se*, no afecta o invalida el proceso disciplinario que, de igual manera, se siguió en su contra, pues se repite ambas acciones responde a naturalezas y fines distintos, que no resultan excluyentes entre sí.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, la Sala negará las pretensiones de la demanda formulada por el señor Segundo Efraín Pardo Arciniegas contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

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

F A L L A

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda promovida por el señor SEGUNDO EFRAÍN PARDO ARCINIEGAS contra la Nación, Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y Cúmplase.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

PÁEZ

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE