

PROCESO DISCIPLINARIO - Gerente del Hospital Civil Regional de Ipiales / CONDUCTA - Celebración indebida de contratos / DEBIDO PROCESO - Principio de congruencia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - No quebrantado. Las faltas endilgadas fueron las mismas durante cada una de las etapas procesales / ADECUACION DE LA CONDUCTA - Tipicidad / TIPLICIDAD DE LA CONDUCTA - Violatoria del régimen de inhabilidades de la contratación estatal

La decisión proferida el 29 de marzo de 2007 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal no desconoce el derecho al debido proceso de la demandante por violación al principio de congruencia como quiera que los comportamientos objeto de reproche fueron los mismos en el pliego de cargos y en los actos administrativos proferidos tanto en primera como en segunda instancia. De acuerdo con la sentencia C-818 de 2005 solo procede invocar el quebrantamiento de un principio que regula la contratación estatal o la función administrativa como único elemento descriptor de una conducta disciplinaria cuando: i) Esta se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, en la cual se puede determinar con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público y, ii) aunque el principio sea general, éste se puede complementar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica. Adicionalmente, será requisito imprescindible que, en la formulación del pliego de cargos, la autoridad disciplinaria establezca claramente tanto el principio como la regla constitucional o legal en la que se concreta la transgresión del orden normativo disciplinario. La conducta que se le reprochó a la demandante se adecúa a las faltas disciplinarias descritas en los numerales 17, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 como quiera que resulta violatoria del régimen de inhabilidades constitucional y legalmente establecido en materia de contratación estatal, lo que consecuentemente desconoce principios de la función administrativa como la moralidad, la eficacia de los fines estatales y la realización del interés general.

PROCESO DISCIPLINARIO - Ilícitud sustancial de la conducta / ILICITUD SUSTANCIAL - Vulneración de los principio de la función administrativa CAUSAL DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD - Improcedente / DERECHO A LA IGUALDAD - No vulnerado

La conducta de la actora en calidad de gerente del Hospital Civil de Ipiales constituye una infracción sustancial a sus deberes funcionales, por cuanto con ella vulneró principios de la función administrativa esenciales para el buen desarrollo de la administración, afectó los fines esenciales del Estado y transgredió el principio de transparencia, entre cuyos propósitos se encuentra evitar actos de corrupción castigados tanto en instrumentos internacionales ratificados por Colombia como por el ordenamiento interno. Aunado a ello, no existe causal de exoneración de responsabilidad que justifique la conducta o la torne lícita. La entidad demandada no vulneró el derecho a la igualdad de la señora Ana Belén Arteaga Torres al abstenerse de exonerarla de responsabilidad con fundamento en el artículo 28, numeral 2, de la Ley 734 de 2002, como lo hizo en el caso del gobernador del departamento del Casanare.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00234-00(0530-13)

Actor: ANA BELEN ARTEAGA TORRES

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, DECRETO 01 DE 1984.

ASUNTO

La Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹, que se tramitó en virtud de la demanda interpuesta por la señora Ana Belén Arteaga Torres en contra de la Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA²

Pretensiones

Solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- 1) Resolución P.I. 019 del 23 de mayo de 2006 expedida en primera instancia por la Procuraduría Regional de Nariño dentro del proceso disciplinario 085-11338, mediante la cual se sancionó a la demandante con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 10 años.

¹ Vigente para la época de la demanda.

² Ff. 1-32, cuaderno 1.

- 2) Decisión disciplinaria de segunda instancia proferida el 29 de marzo de 2007 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, por medio de la cual se modificó la sanción impuesta a la actora disponiendo su suspensión por el término de 8 meses.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

- Ordenar a la entidad demandada el reintegro al servicio de la señora Ana Belén Arteaga Torres, en el evento de que al momento de proferirse la sentencia no hayan cesado los efectos de la sanción disciplinaria.
- Condenar a la Procuraduría General de la Nación a pagarle a la demandada el dinero que dejó de percibir como consecuencia de la suspensión temporal del servicio, tales como salarios, prestaciones sociales y cualquier otro emolumento de índole laboral.
- Ordenar a la demandada indexar el valor de la condena y pagar intereses de mora.
- Condenar a la Procuraduría General de la Nación a indemnizar el perjuicio moral que sufrió la demandante en cuantía equivalente a 50 SMLMV.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 170, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentos fácticos

1. En virtud de queja anónima, la entidad demandada le formuló cargos disciplinarios a la señora Ana Belén Arteaga Torres, por haber celebrado, el 16 de julio de 2003, en condición de gerente del Hospital Civil Regional de Ipiales, un contrato de arrendamiento de un equipo de microcirugía ocular con un centro oftalmológico. En el acuerdo suscrito se encontraron irregularidades como que la entidad contratista no estaba registrada en Cámara de Comercio; algunos elementos objeto del contrato eran de

propiedad del señor Edgar Ariosto Alvarado González, quien ejercía como médico especialista del referido hospital y, finalmente, el representante legal del contratista era un servidor público.

2. El 23 de mayo de 2006, la autoridad disciplinaria profirió acto administrativo de primera instancia en el que sancionó a la demandante con destitución e inhabilidad de 10 años para el ejercicio de cargos públicos, al encontrar que, efectivamente, los equipos objeto del contrato de arrendamiento pertenecían al señor Edgar Ariosto Alvarado González, quien, por ende, se encontraba inhabilitado para contratar con la institución de salud.
3. Inconforme con la decisión, la hoy actora interpuso recurso de apelación, que fue resuelto mediante acto administrativo del 29 de marzo de 2007, en el que la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal modificó la sanción inicialmente impuesta a la demandante, disponiendo su suspensión por el término de 8 meses al considerar que la falta debía calificarse como grave cometida a título de culpa grave.
4. A raíz de la expedición y ejecución de los actos administrativos demandados, la señora Ana Belén Arteaga Torres sufrió perjuicios materiales e inmateriales, estos últimos bajo la modalidad de morales y afectación a la vida de relación.

Normas violadas y concepto de violación

Para la demandante los actos administrativos acusados desconocen los artículos 2, 6, 13, 29, 31, 48, 83, 122, 127 y 209 de la Constitución Política; los artículos 4, 5, 6, 9, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24 (numerales 1, 2, 15 y 38), 28 (numerales 2, 4 y 6), 35 (numeral 1), 48 (numerales 17, 30 y 31) y 171 de la Ley 734 de 2002; los artículos 8 (numeral , literal f), 22, 23 (numeral 8) y 26 (numerales 1, 2, 4 y 5); así como los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo. Como concepto de violación, se formularon los siguientes cargos:

Primer cargo. Violación del derecho al debido proceso. Al respecto, precisó que a pesar de que en primera instancia la autoridad disciplinaria había basado su

decisión en la celebración del contrato de arrendamiento entre la entidad hospitalaria que representaba la demandante y el señor Edgar Ariosto Alvarado González, en segunda instancia amplió el reproche para endilgarle el hecho de haber contratado con el señor Felipe Betancourt Salazar como representante del establecimiento de comercio «centro oftalmológico».

Con base en ello, consideró que a la Procuraduría General de la Nación no le era dable adicionar hechos nuevos que no habían sido considerados por el *a quo*, máxime si se tiene en cuenta que su competencia se encontraba restringida a los planteamientos formulados en el recurso de apelación. Al respecto, afirmó que, aunque la segunda instancia redujo la sanción, ello obedeció a la variación de la culpabilidad pues de estimar que la falta se produjo con dolo, pasó a calificarla como culposa pero, en todo caso, la suspensión de 8 meses guardó relación con las dos inhabilidades que tan solo vinieron a ser objeto de cuestionamiento por el *ad quem*.

Segundo cargo. «Interpretación inaceptable». La autoridad disciplinaria concluyó que la demandante había incumplido la obligación de determinar la propiedad de los elementos objetos del contrato, lo que hubiere podido hacer exigiendo la presentación de las facturas de compra de los equipos a arrendar. Fundamentó el cargo en el hecho de que, entre todas las opciones que tenía para interpretar lo acontecido, el titular de la acción disciplinaria optó por aquella que vulnera los principios constitucionales y afecta sus derechos fundamentales, ya que de ninguna norma se desprende la obligación que predicó la entidad demandada.

Por el contrario, el artículo 762, inciso 2, del Código Civil dispone que el poseedor es reputado dueño mientras que otra persona no justifique serlo y el 769 *ibidem* señala que tratándose de bienes muebles, quien posee la cosa se tiene como propietario. Además, indicó que la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales, por más de tres años antes de la llegada de la demandante como gerente, venía celebrando el referido contrato de arrendamiento con el mismo contratista.

De igual manera, la Procuraduría General de la Nación le reprochó a la señora Ana Belén Arteaga Torres el no haber establecido mecanismos para determinar la posible inhabilidad que recaía en el representante de la firma contratista, sin embargo no precisó a qué tipo de instrumentos se refería. A ello se suma el hecho

de que al servidor público que ejerce la función de contratar no se le puede exigir investigar si los contratistas incurren en causales de inhabilidad e incompatibilidad.

Tercer cargo. Indevida valoración probatoria. La demandante criticó que la entidad demandada hubiese omitido la valoración del Informe contable FGN-CTI 0226 al momento de tomar la decisión. Al respecto, señaló que, entre 2000 y 2003, la institución hospitalaria atravesó una situación financiera «no muy boyante, adolecía de liquidez inmediata», circunstancia que, en criterio de la demandante, justificó la imposibilidad de adquirir los equipos y la consecuente necesidad de arrendarlos.

Adicionalmente, la prueba en comento destacó la manera en que los elementos objeto de arrendamiento habían sido de vital importancia en la atención oportuna y en debida forma que debía suministrarse a los habitantes del municipio de Ipiales, con lo que puede observarse que el contrato en cuestión redundó en múltiples beneficios sociales.

Seguidamente, adujo que en su caso debieron adoptarse las mismas conclusiones a las que llegó la Procuraduría General de la Nación en el procedimiento que siguió contra el gobernador del departamento del Casanare por hechos similares a aquellos por los que fue hallada responsable. En tal virtud, consideró que debió aplicársele la causal de exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 28, numeral 2, de la Ley 734 de 2002 ya que, si bien se infringió el régimen de inhabilidades, esto se justificó en la consecución de un mayor beneficio como era garantizar la prestación del servicio público de salud a los habitantes de Ipiales. Agregó que la inobservancia del precedente que sentó aquel trámite resulta violatoria del derecho a la igualdad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda pues, a su juicio, los actos administrativos acusados se ajustan totalmente al ordenamiento jurídico, siendo además respetuosos de los derechos fundamentales de la disciplinada.

³ Ff. 1113-1131.

En cuanto al alcance del control jurisdiccional del proceso disciplinario, adujo que este no podía constituirse en una tercera instancia en la que se reviviera el debate probatorio agotado en aquel procedimiento administrativo y que la competencia judicial en ese sentido se limitaba a verificar el respeto por el debido proceso y la aplicación de la normativa correspondiente.

En punto a la alegada violación del derecho al debido proceso, indicó que la decisión de segunda instancia que la demandante puso en cuestionamiento fue mucho más favorable a sus intereses ya que modificó sustancialmente la sanción a 8 meses de suspensión, tras haber establecido el verdadero grado de culpabilidad con el que actuó la disciplinada. Además, negó que la decisión de segunda instancia hubiese introducido un hecho nuevo, ajeno al conocimiento de la hoy demandante. Al respecto, señaló que desde el pliego de cargos se puso de presente que una de las irregularidades del contrato de arrendamiento era que el señor Felipe Betancourt tenía la condición de servidor público, aspecto que también fue destacado en la decisión de primera instancia.

Seguidamente, sostuvo que de acuerdo a los cargos que le fueron imputados, la sanción se graduó de manera adecuada y proporcional en atención a lo dispuesto en los artículos 44 y 46 del CDU.

De otro lado, en lo que tiene que ver con la presunta interpretación inaceptable precisó que a pesar de que las Empresas Sociales del Estado no se rigen por el estatuto de contratación, como entidades de derecho público deben ajustarse a los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, además de encontrarse sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades existente. Respecto de este último, sostuvo que la entidad que contrata se encuentra en la obligación de hacer un estudio de los posibles contratistas a efectos de definir si se encuentran en alguna circunstancia que legalmente los imposibilite a contratar con la administración pública. Con ello, concluyó que la señora Ana Belén Arteaga debió determinar la titularidad de los bienes objeto del contrato de arrendamiento.

En relación con la ausencia de valoración del informe contable 226 realizado por el CTI de la Fiscalía General de la Nación, señaló que, contrario a las alegaciones de la demandante, este sí había sido tenido en consideración a la hora de tomar la decisión disciplinaria.

Además, indicó que no se configuraba falta de ilicitud sustancial pues, a diferencia del derecho penal, en materia disciplinaria no se requería la producción de un resultado lesivo para que se la conducta pudiera catalogarse como antijurídica. Sobre este aspecto, argumentó que so pretexto de brindar a la comunidad en servicio esencial de salud, no podía pasarse por encima del ordenamiento jurídico.

Finalmente, se refirió a la alegada violación del derecho a la igualdad, precisando que el caso de la demandante no podía asimilarse al del señor Edgar Santiago Marín Gómez, gobernador del departamento de Casanare para 1999, toda vez que el alquiler de los elementos oftalmológicos de propiedad del señor Edgar Alvarado no era la única alternativa con la que contaba la hoy demandante, en calidad de gerente del Hospital de Ipiales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes hizo uso de esta oportunidad procesal⁴.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁵

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado conceptuó para solicitar que se nieguen las pretensiones de la demanda, lo que estimó procedente con apoyo en los siguientes razonamientos:

Sobre la presunta violación del derecho al debido proceso por incongruencia entre la decisión de primera y segunda instancia, advirtió que no se configuraba, en primer lugar, porque el *ad quem* no desmejoró la condición de la disciplinada ni excedió su competencia al resolver el recurso y, adicionalmente, puesto que tanto en el pliego de cargos como en la decisión de primera instancia se reprochó que se hubiere contratado con el señor Felipe Betancourt Salazar.

⁴ F. 1159.

⁵ Ff. 1145-1158.

Seguidamente, estimó que la conducta de la hoy demandante se ajustaba al tipo disciplinario que consagra el artículo 48, numeral 30, de la Ley 734 de 2002 ya que las pruebas que obran en el expediente sancionatorio generan suficiente convencimiento para concluir que aquella celebró un contrato de arrendamiento con el señor Felipe Betancourt Salazar, quien de acuerdo con el artículo 8, numeral 1, literal f) de la Ley 80 de 193 se encontraba inhabilitado para contratar con entidades públicas, por tener la calidad de servidor público en ese momento.

En lo que tiene que ver con la culpabilidad, resaltó que no podía desconocerse que a la actora le asistía un deber de cuidado frente a la suscripción de los contratos, por lo que debió solicitar la información relativa al contratista y a los equipos a arrendar. Al no hacerlo, demostró no tener el mínimo de cuidado que le era exigible.

De otro lado, analizó la antijuridicidad para señalar que el hecho de que el informe del CTI de la Fiscalía hubiese concluido que la contratación reprochada no causó un daño material a la entidad hospitalaria y por el contrario le habría permitido economizar \$161.000.000, así como beneficiar a la población civil, no justificaba el desconocimiento de los principios de la función administrativa, aspecto que debía tenerse en cuenta a la hora de estudiar la ilicitud sustancial de la conducta.

Descartó igualmente que pudiera predicarse la existencia de una causal de exclusión de responsabilidad por obedecer la conducta al cumplimiento de un deber de mayor importancia jurídica.

Asimismo, negó que pudiera extenderse la decisión disciplinaria del gobernador del departamento del Casanare al caso de la actora ya que esta circunstancia no se le puso de presente a la Procuraduría General de la Nación a lo largo del trámite administrativo y, también, porque en cada evento se reprochó el incumplimiento de una norma distinta de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, consideró que la graduación de la conducta no había obedecido al hecho de que la inhabilidad hubiere sido respecto de dos sujetos distintos. Frente al punto, precisó que la autoridad disciplinaria había señalado otros criterios en los que en nada incidía tal circunstancia. Además, estimó que la graduación de la sanción se ajustaba a lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 734 de 2002.

CONSIDERACIONES

BREVE RECUENTO DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la entidad demandada en contra de la señora Ana Belén Arteaga Torres se formuló un único cargo disciplinario, consistente en la infracción del artículo 48, numerales 17, 30 y 31, de la Ley 734 de 2002; cargo por el que fue hallada responsable en primera y segunda instancia. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio.

PLIEGO DE CARGOS DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 2005⁶	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO
«[...] [E]n condición oficial de GERENTE del HOSPITAL CIVIL REGIONAL de IPIALES (N) habría incurrido en falta disciplinaria al celebrar el contrato de arrendamiento de un equipo de microcirugía ocular, de fecha 16 de julio de 2.003, con el señor Felipe Betancourt Salazar, representante del supuesto Centro Oftalmológico con sede en la ciudad de Ipiales, lo que conduciría a que el Hospital cancele la suma de \$ 3'300.000, contrato en el cual, según las verificaciones adelantadas por el C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación surgen las siguientes circunstancias eventualmente irregulares: a).- El mencionado "Centro Oftalmológico" no existe en la jurisdicción del Municipio de Ipiales; es decir, se habría contratado, además, con una firma que no se hallaba registrada en la Cámara de Comercio b).- Los elementos objeto	La decisión de primera instancia, contenida en la Resolución 019 del 23 de mayo de 2006 ⁷ , resolvió: «[...] PRIMERO: SANCIONAR a los doctores ANA BELEN ARTEAGA TORRES [...] contra quienes se formuló cargos en la presente investigación en las condiciones oficiales de GERENTE [...] del HOSPITAL CIVIL de IPIALES (NARIÑO), respectivamente, con DESTITUCIÓN DEL CARGO e INHABILIDAD para el ejercicio de funciones públicas por el término de DIEZ (10) AÑOS (artículos 42.1, 44.1 y 48.17.30.31 de la Ley 734 de 2002 [...]» La forma de culpabilidad endilgada en el pliego de cargos se mantuvo. Mediante decisión de segunda instancia proferida el 29 de marzo de 2007 por la Procuraduría Segunda

⁶ Ff. 275-290, cuaderno 1.

⁷ Ff. 411-457, cuaderno 1.

<p>del contrato (microscopio quirúrgico marca "Topcon", diatermia bipolar, turbina para fresado corneal y autoclave para instrumental quirúrgico) eran de propiedad del doctor Edgar Ariosto Alvarado González, quien ejercía como médico Especialista del Hospital Civil regional de Ipiales y c).- En Contratista, quien fungía como representante legal del supuesto "Centro Oftalmológico" era servidor público, puesto que ejercía como Director de Núcleo Educativo [...]</p> <p>- La falta disciplinaria que se le atribuyó fue la gravísima consignada en el artículo 48, numerales 17, 30 y 31, de la Ley 734 de 2002.</p> <p>- La forma de culpabilidad fue definida provisionalmente como dolosa.</p>	<p>Delegada para la Contratación Estatal⁸, se dispuso: «[...] SEGUNDO. MODIFICAR la sanción impuesta a ANA BELEN ARTEAGA, en su condición de Gerente del Hospital de Ipiales y en consecuencia imponer como sanción suspensión en el cargo por el término de ocho (8) meses [...]</p> <p>Lo anterior como quiera se varió el análisis de la culpabilidad, al considerar que la disciplinada incurrió en culpa grave lo que aparejó que, de acuerdo al artículo 43, numeral 9, del CDU la falta pasara a calificarse como grave.</p>
--	--

Estructura de la falta disciplinaria

El ente sancionador explicó que la conducta que desplegó la funcionaria se tipificó a partir de la infracción del numerales 17, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, destacando de estas normas aquellos aspectos que consideró se habían desconocido en el caso de la señora Ana Belén Arteaga Torres:

[...] 17. Actuar [...] a pesar de la existencia de causales de [...] inhabilidad [...] de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales [...]

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley [...]

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

⁸ Ff. 740-774, cuaderno 1.

Como disposiciones vulneradas a raíz del comportamiento reprochado, la entidad demandada señaló los artículos 22, 23, 34, 35 y 48 de la Ley 734 de 2002; 6, 8, 22, 23 y 26 de la Ley 80 de 1993; y 6, 123-2, 209 y 127-1 de la Constitución Política.

Aunque las infracciones disciplinarias en comento son calificadas objetivamente por el legislador como gravísimas, el artículo 43 *ibidem* dispone que si fueron cometidas con culpa grave, como estimó la segunda instancia del proceso sancionatorio, han de tenerse como una falta grave.

Comportamientos reprochados

La autoridad disciplinaria, en primera instancia, consideró que las pruebas practicadas a lo largo del trámite administrativo otorgaban certeza en cuanto a las irregularidades que afectaron el contrato de arrendamiento del equipo de microcirugía que suscribió la hoy demandante, en calidad de gerente de la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales, con el señor Felipe Betancourt Salazar, último de quien se pudo establecer la calidad de servidor público.

Adicionalmente, se logró establecer que, en realidad, los equipos eran de propiedad del señor Edgar Alvarado González, servidor público de la institución hospitalaria que los había entregado al señor Betancourt González. Este último adujo ser el representante legal del centro oftalmológico contratista, entidad cuya existencia legal en el municipio de Ipiales no logró probarse.

Adujo que la ilicitud sustancial en materia penal no podía aplicarse de igual forma al derecho disciplinario, donde la antijuridicidad alude a la violación sustancial del deber funcional, sin que sea imprescindible que la producción de un daño efectivo. Por ello, precisó que no podía alegarse la ausencia de antijuridicidad por el hecho de que los equipos arrendados hubiesen permitido el cumplimiento de las actividades propias del hospital sin afectación de su patrimonio público.

De otro lado, aclaró que la suscripción del contrato en cuestión en administraciones pasadas no soslayaba la responsabilidad que le cabía a la actora por haber suscrito el acuerdo a pesar de las irregularidades reprochadas, a lo que

agregó que la necesidad que tenía el hospital de hacerse a los servicios que proveía el equipo de microcirugía ocular no podía servir de excusa para pasar por encima del ordenamiento jurídico.

Finalmente, el ente sancionador de primera instancia negó que, como lo afirmaba la defensa, existiera una gran dificultad para obtener por otro medio diferente los equipos arrendados a través del contrato en cuestión y adujo que el hecho de que la demandante hubiere procedido a la liquidación de dicho acuerdo no desdibujaba la ilegalidad de su comportamiento, más aún cuando esta decisión fue posterior a la queja que se instauró ante la Procuraduría.

En segunda instancia, la autoridad disciplinaria confirmó la responsabilidad que le cabía a la demandante en la materia, sin embargo modificó el grado de culpabilidad para señalar que el comportamiento de la señora Ana Belén Arteaga Torres fue gravemente culposo y no doloso, como se había considerado por el *a quo*. Lo anterior conllevó a que, en virtud de lo consignado en el artículo 43, numeral 9, la falta disciplinaria se tuviera como grave y no como gravísima.

PRECISIÓN PREVIA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado⁹, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia. En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad sancionadora que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites

⁹ Sentencia del 9 de agosto de 2016; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; Radicado 110010325000201100316 00 (1210-11).

legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica reconocer las facultades irrestrictas de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el proceso disciplinario. En ese sentido, se descartan desde ya las referencias hechas en la contestación de la demanda a través de las cuales la Procuraduría General de la Nación pretende limitar la competencia del control judicial a aspectos meramente formales.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Definido lo anterior, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La entidad demandada vulneró el derecho al debido proceso de la señora Ana Belén Arteaga Torres por incongruencia del fallo de segunda instancia con las demás actuaciones disciplinarias?
2. ¿La conducta que se le reprochó a la demandante se adecúa a la falta disciplinaria descrita en los numerales 17, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?
3. ¿El proceder de la señora Ana Belén Arteaga Torres encaja dentro del concepto de *ilicitud sustancial* en los términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002?
4. ¿La Procuraduría General de la Nación vulneró el derecho a la igualdad de trato ante la ley de la demandante al no exonerarla de responsabilidad disciplinaria con base en el mismo argumentó que utilizó en el caso señor Edgar Santiago Marín Gómez, gobernador del departamento del Casanare?

Primer problema jurídico

¿La entidad demandada vulneró el derecho al debido proceso de la señora Ana Belén Arteaga Torres por incongruencia del fallo de segunda instancia con las demás actuaciones disciplinarias?

1.1. Debido proceso disciplinario

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. Siendo el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas. Sobre el particular, el doctor Carlos Mario Isaza Serrano ha dicho:

[...] El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con la observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos del Código Disciplinario y de la ley que establezca la estructura y organización del ministerio público [...]¹⁰

Establecido lo anterior, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtirse, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. De otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la contradicción, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el *non bis in idem*, entre otros.

Con base en esa distinción, es plausible aseverar que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada pues para tales efectos será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. En armonía con ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de concretos actos de

¹⁰ Carlos Mario Isaza Serrano. Teoría General del Derecho Disciplinario: Aspectos históricos, sustanciales y procesales. Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, p. 255.

los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente [...]»¹¹

En efecto, este postulado se compadece con el llamado principio de trascendencia que consagra el artículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su párrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación. Esta norma señala sobre el principio en cuestión que «[...] Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento [...]»¹².

2.2. Caso concreto

La demanda atribuyó la violación del derecho al debido proceso a que, en segunda instancia, la autoridad disciplinaria amplió el reproche para endilgarle a la actora el haber contratado con el señor Felipe Betancourt Salazar como representante del establecimiento de comercio «centro oftalmológico», cuando, a su juicio, el *a quo* no le había enrostrado esta circunstancia.

Como puede observarse, este cargo se fundamenta en la violación del debido proceso fruto del desconocimiento del principio de congruencia. En materia

¹¹ Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000, Corte Constitucional. En este sentido también puede leerse el auto 029A del 16 de abril de 2002, en el que dicha Corporación sostuvo que: «[...] ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado. Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio [...]».

¹² Ley 610 de 2000, artículo 310, numeral 2.

disciplinaria, este principio alude a la correspondencia que debe existir entre las diferentes actuaciones procesales que tiene a cargo el titular de la acción disciplinaria, de manera que, en esencia, todas ellas conserven coherencia y unidad. Lo anterior garantiza que al momento de dictar el fallo este verse sobre los cargos que se le formularon al disciplinado, los cuales delimitan tanto la controversia que debe surtirse a lo largo de todo el trámite administrativo como la decisión de fondo que pone término al proceso.

En ese orden de ideas, la importancia del principio de congruencia consiste en permitirle al funcionario disciplinado tener conocimiento de las conductas que le están siendo reprochadas para que de esta forma pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Lo anterior explica que el desconocimiento de este postulado tenga la virtualidad de generar la nulidad del proceso.

La Sala no se encuentra de acuerdo con el cargo formulado toda vez que las piezas procesales allegadas al expediente dan fe de que el trámite disciplinario siempre siguió un mismo hilo conductor, resultando coherente lo debatido en él a través del auto de formulación de cargos, los descargos, los alegatos de conclusión, con lo establecido en los fallos de primera y segunda instancia, así como con las pruebas que estos citaron como cimiento de la decisión adoptada.

No resulta cierto, como lo sostiene la demandante, que en primera instancia la Procuraduría Regional de Nariño hubiese basado su decisión únicamente en la inhabilidad predicable del señor Edgar Ariosto Alvarado González, sin tener en cuenta aquella en que estaba inmerso el señor Felipe Betancourt Isaza. El comparativo de los actos administrativos de primera y segunda instancia permite efectuar tal señalamiento:

Decisión de primera instancia del 23 de mayo de 2006	Decisión de segunda instancia del 29 de marzo de 2007
«[...] LA CONTRATACIÓN OBJETO DE CENSURA.- No admite ninguna duda el hecho de que fue la Dra. Ana Belén Arteaga Torres, en su condición de Gerente del Hospital Civil de Ipiales quien el 16 de julio de 2.003 celebró con el señor Felipe Betancourt Salazar el Contrato de Arrendamiento del	«[...] Lo que esta (sic) probado del cargo imputado a ANA BELEN ARTEGA TORRES. La conducta imputada consistió en haber firmado un contrato de arrendamiento con FELIPE BETANCURT SALAZAR, representante legal del Centro Oftalmológico, cuando el mencionado centro no existe en la jurisdicción del municipio de Ipiales y su

<p>equipo de microcirugía [...] LA CALIDAD DE SERVIDOR PÚBLICO EN EL SR. FELIPE BETANCOURH SALAZAR.- PESE A LOS ARGUMENTOS DE LOS DEFENSORES, LA Regional concluye que se trata de una circunstancia que también está demostrada dentro del informativo, y preciso es recordar que al formularse los cargos contra la Dra. Arteaga Torres se hizo mención de que “c).- <i>El contratista, quien fungía como representante legal del supuesto “Centro Oftalmológico” era servidor público, puesto que ejercía como Director de Núcleo Educativo”</i> [...]»</p>	<p>representante legal era servidor público, puesto que el contratista ejercía como Director del Núcleo Educativo [...] no cabe duda que la inculpada incurrió en falta disciplinaria al celebrar un contrato con una persona que se encontraba inhabilitada porque contrario a lo que sostiene el apelante si se encuentra acreditado en el cartulario la calidad de servidor público del representante legal de del centro oftalmológico con el que se celebró el contrato y si bien es cierto, que en estricto sentido no se firmó con la persona natural, no lo es menos que la disposición constitucional prevista en el artículo 172, establece que los servidores públicos no pueden celebrar por sí ni por interpuesta persona contrato alguno con el Estado, y en este caso, queda claro que para la celebración del negocio jurídico de arrendamiento, se hizo utilizando como medio el establecimiento de comercio, denominado Centro Oftalmológico, del cual era representante legal un servidor público [...]»</p>
--	---

De esta forma, se observa que la determinación de segunda instancia guardó coherencia con el objeto del proceso administrativo sancionatorio, sin que la autoridad encargada de dictarla hubiese excedido sus competencias cuando reprochó, en el actuar de la señora Ana Belén Arteaga Torres, el haber contratado con el señor Felipe Betancourt Salazar, cuestión que también había sido motivo de crítica por el inferior jerárquico.

Así las cosas, el hecho de que el acto administrativo proferido por el *ad quem* hubiese enjuiciado la contratación celebrada con dicho personaje no merece reproche alguno, por ello resulta inocuo estudiar si tal proceder influyó en una mayor dosificación de la sanción, como se sugirió en la demanda.

En conclusión, la decisión proferida el 29 de marzo de 2007 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal no desconoce el derecho al debido proceso de la demandante por violación al principio de congruencia como quiera que los comportamientos objeto de reproche fueron los mismos en el pliego

de cargos y en los actos administrativos proferidos tanto en primera como en segunda instancia.

Segundo problema jurídico

¿La conducta que se le reprochó a la demandante se adecúa a las faltas disciplinarias descritas en los numerales 17, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

2.1. La tipicidad en el derecho disciplinario

La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». En términos de la Corte Constitucional¹³ este principio «cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica».

Así las cosas, le corresponde exclusivamente al legislador definir, de forma abstracta y objetiva, qué conductas desplegadas por quienes tienen a su cargo el ejercicio de funciones públicas deben ser objeto de sanción por afectar el correcto desarrollo del servicio que le ha sido encomendado o por el abuso en su ejercicio¹⁴.

El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge a su vez, una

¹³ Sentencia C-769 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ El artículo 6 de la Constitución Política prevé: *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.*

relación de contrariedad entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido.

El análisis de la tipicidad es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria, acto en el que la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad al concebido en materia criminal, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta¹⁵; como consecuencia de ello se ha avalado, desde un punto de vista constitucional¹⁶, la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley.

Conviene aclarar que los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como «aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas»¹⁷, son admisibles en la forma de consagrar infracciones administrativas siempre que las remisiones a otras normas o a otros criterios permitan determinar los comportamientos censurables, pues de permitirse que el operador sea quien defina la conducta sancionable de manera discrecional sin referentes normativos precisos se desconocería el principio de legalidad¹⁸.

¹⁵ Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-404 de 2001 indicó «la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad»¹⁵, posición reiterada en sentencias C-818 de 2005 y C-030 de 2012.

¹⁶ Frente a este punto se pueden ver varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, la C-393 de 2006.

¹⁷ Véanse las sentencias C-818 de 2005, C-762 de 2009, C-343 de 2006, C-030 de 2012, entre otras.

¹⁸ En la sentencia C-530 de 2003, admitió la «siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos».

Ahora bien, en cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco¹⁹, se observa que la jurisprudencia constitucional se ha referido a ellos de manera indistinta, para dar a entender que se trata de aquellas descripciones legales constitutivas de falta disciplinaria, que precisan la remisión a otras normas a fin de completar el sentido del precepto.

Lo anterior se desprende del concepto jurídico avalado en las sentencia C-818 de 2005²⁰, entre otras, en la cual se sostuvo que los *tipos abiertos* son «aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria».

En relación con los *tipos en blanco*, aquella Corporación también considera que apunta a preceptos que requieren de una remisión normativa para completar su sentido²¹ bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco» exigencia que trasciende al campo disciplinario, según lo señalado por la sentencia C-343 de 2006.

No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance²², mientras que los segundos se pueden delimitar así «El tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por

reiterado en C-406 de 2004 y C-030 de 2012.

¹⁹ Sentencias C-404 de 2001, C-818 de 2005.

²⁰ En este aparte cita la Sentencia C-401 de 2001.

²¹ Ver la sentencia 404 de 2001.

²² Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 433 – 445.

medio de elementos objetivos”²³, afirma Hans Welzel»²⁴. Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su estructura formal²⁵, mientras que los abiertos ingresan en la división según su contenido²⁶.

2.2. Análisis del tipo disciplinario

2.2.1. Faltas disciplinarias contenidas en los numerales 17 y 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Las normas en cita disponen que:

[...] ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

[...]

17. Actuar [...] a pesar de la existencia de causales de [...] inhabilidad [...] de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales [...]

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley [...]

Como puede observarse, los verbos rectores que rigen las conductas descritas en las infracciones anunciadas son:

- **Actuar:** «2. intr. Ejercer funciones propias de su cargo u oficio [...] 4. intr. Obrar, realizar actos libres y conscientes [...]»²⁷.
- **Intervenir:** «10. intr. Tomar parte en un asunto [...]»²⁸.

En cuanto a su contenido, se trata de tipos de mera conducta pues para su configuración solamente se requiere el comportamiento consistente en «*actuar pese a la existencia de causales de inhabilidad*» e «*Intervenir en la tramitación,*

²³ Claus Roxin. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p.6.

²⁴ Gómez Pavajeau. *Op. Cit.*, p. 431.

²⁵ Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis S.A. 2000, p.115.

²⁶ *Ibidem* p.118.

²⁷ <http://dle.rae.es/?id=0dEeWau>

²⁸ <http://dle.rae.es/?id=LxRmruS>

aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de inhabilidad», independientemente de las consecuencias que de allí se deriven.

Estas faltas pueden catalogarse dentro de aquellas denominadas tipos en blanco, en atención a que es necesario hacer una remisión normativa para determinar su alcance. En efecto, el elemento esencial contenido en estas disposiciones está dado por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que, en materia contractual, se encuentra contemplado principalmente en los artículos 127 constitucional y 7, 8 y 9 de la Ley 80 de 1993.

Por su pertinencia para lo que es objeto de esta *litis*, es relevante anotar que la jurisprudencia constitucional ha distinguido la existencia de dos tipos de inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas, así:

[...] **En el primer tipo** están las inhabilidades que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. En este evento, las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o, como en el presente caso, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado.

En el segundo tipo están las inhabilidades que se desprenden de una posición funcional o del desempeño de ciertos empleos públicos. Éstas pueden también ser permanentes o transitorias pero, a diferencia del anterior grupo, no tienen carácter general y se aplican con carácter restringido sólo frente a los cargos o actuaciones expresamente señalados por la autoridad competente.

Las inhabilidades **del primer tipo** constituyen igualmente una sanción, como consecuencia del delito o de la falta disciplinaria; por el contrario, las del segundo tipo no representan una sanción sino una medida de protección del interés general en razón de la articulación o

afinidad entre las funciones del empleo anterior y las del empleo por desempeñar [...] ²⁹

Específicamente en lo que se refiere a la contratación estatal, el régimen de inhabilidades alude a una serie de requisitos o cualidades específicas que limitan la capacidad contractual de las partes en virtud de las condiciones personales exigibles tanto a los contratistas como a los servidores públicos encargados de la contratación.

La teleología a la que responde no es otra que garantizar que la actividad de la administración pública en materia de contratación se desarrolle dentro de un marco de rectitud, lo que solo es posible cuando ella se ajusta a los principios de la función administrativa y a las reglas que emanan de estos. De acuerdo con ello, lo que se busca al impedir que se celebren contratos de naturaleza estatal con determinadas personas o por ciertos servidores públicos, es la protección de la legalidad, la transparencia, la objetividad, la imparcialidad, la eficacia de los fines estatales, entre otros, todo ello en beneficio de la salvaguarda del interés general.

Sobre el particular, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado:

[...] En lo que respecta a los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, que son los que para este asunto interesan, puede decirse que se trata de preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad en la misma. Desde el punto de vista de su contenido hacen referencia a situaciones diferentes, aunque en muchos casos concurren de manera simultánea. Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona. Se parte, por ejemplo, de la investidura o cargo que hace que determinadas actividades, negocios, etc. no puedan ser realizados o efectuados por su titular, por considerar que riñen con las funciones inherentes a ese cargo o investidura. En otras palabras por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y ésta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las

²⁹ Sentencia C-353 del 20 de mayo de 2009, Corte Constitucional, expediente D-7518.

personas de derecho público o privado y es especial cuando aquélla se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación [...]

En este orden de ideas, la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal” [...]³⁰

Establecido lo anterior, es del caso indicar que la no incursión en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad es requisito necesario para que pueda predicarse la **capacidad**³¹ de quien pretenda ser o permanecer como contratista de la administración pública, presupuesto *sine qua non* para la validez del contrato estatal.

De cara a las entidades contratantes, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se predica de las personas naturales que las integran y quienes, según el contenido funcional de sus empleos, son competentes para representar legalmente a dichas entidades en el desarrollo de su actividad contractual. Se trata pues de un asunto de **competencia**³² y no propiamente de capacidad.

³⁰ Sentencia del 20 de septiembre de 2001; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 10989.

³¹ ARTÍCULO 6o. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.

³² ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES O CONCURSOS Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o.:

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o ~~concursos~~ y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

En el ordenamiento jurídico interno, la primera referencia a tener en consideración en materia de inhabilidades e incompatibilidades contractuales está consagrada en el artículo 127 superior, cuyo inciso 1.º dispone:

[...] ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales [...]

A nivel legal, es preciso remitirse a los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 80 de 1993. El primero de ellos se encarga de fijar las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar con el Estado, siendo pertinente destacar, a efectos del actual proceso, las previstas en los literales a) y f) de ordinal 1.º *ibidem*, de conformidad con los cuales:

[...] 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones ~~o concursos~~ y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

[...]

f) Los servidores públicos [...]

Por su parte, el artículo 9 de la norma en comento señala que en los casos en que sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, se debe ceder el contrato con autorización de la entidad contratante o renunciar a su ejecución, cuando lo primero no fuere viable.

Es importante señalar que las causales de inhabilidad e incompatibilidad contenidas en estas disposiciones se exceptúan en los siguientes supuestos, regulados en el artículo 10 *ejusdem*:

- (i) Respecto de las personas que contraten por obligación legal.
- (ii) Cuando la finalidad del contrato sea usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el estatuto de contratación estatal ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten.

- (iii) Respecto de las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario.
- (iv) Respecto de quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60³³ de la Constitución Política.

2.2.2. Falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La norma en comento contempla como falta gravísima:

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

La parte subrayada de la norma fue declarada exequible por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-818 de 2005 bajo las siguientes consideraciones:

«[...] De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que para convalidar el señalamiento de un *principio* que regula la contratación estatal y la función administrativa como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, es necesario:

(i) Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, **(a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa**, como sucede, por ejemplo, en las hipótesis previstas en los artículos 126 y 268 del Texto Superior, el primero, que para garantizar el principio de moralidad pública prohíbe el nepotismo, y el segundo, que para lograr el

³³ ARTICULO 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

mismo fin prohíbe a los Congresistas dar recomendaciones a fin de proveer empleos en la Contraloría General de la República; **(b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal** que lo desarrolle de manera específica, como sucedería, a manera de ejemplo, con algunas de las reglas previstas en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993³⁴.

(ii) Cuando se formule la acusación disciplinaria debe señalarse tanto la conducta imputable como la norma que la describe, según lo ordena el artículo 163 del Código Disciplinario Único. Así las cosas, **no es suficiente la simple manifestación de haber vulnerado un principio, sino que resulta exigible su descripción y determinación conforme a la disposición de rango legal o al precepto constitucional de aplicación directa** que le sirve de complemento [...]»

La Corte llegó a esta conclusión en aras de proteger los principios de legalidad, tipicidad y reserva de la ley. En efecto, la Corporación manifestó que en virtud del primero la ley debe, entre otras cosas y de forma previa, establecer el comportamiento sancionable y la sanción. Ello porque es un derecho del disciplinado conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y los correctivos que se derivan de su infracción.

En cuanto al segundo, precisó que es indispensable que la norma disciplinaria señale de forma clara, expresa e inequívoca las conductas que pueden ser sancionadas, medida que desarrolla el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por lo que la descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, no debe dar campo a especulaciones y, por tanto, tiene que ser de tal claridad que permita al servidor público saber exactamente la conducta disciplinable.

Finalmente, sobre el principio de reserva de ley, expresó que es obligación del Estado cuando se trata de conductas punitivas someter el tratamiento de estas a la ley, tal como lo advierte el artículo 29 de la Constitución Política, cuando instituye que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Sobre el particular declaró que

«[...] Desde esta perspectiva, en materia disciplinaria, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la consagración de los comportamientos reprochables disciplinariamente, así como las

³⁴ Dispone el artículo 23 de la citada disposición: «[...] Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa [...]» Más adelante, los artículos 24, 25 y 26 desarrollan algunos aspectos puntuales de dichos principios.

sanciones, los criterios para su fijación y los procedimientos para adelantar su imposición, **corresponden a una materia que compete desarrollar de manera exclusiva a la ley, tanto en sentido formal como material**³⁵ [...]» (Resalta la Sala).

Así, señaló que no es posible que normas con rango inferior a la ley tipifiquen conductas disciplinarias³⁶.

De esta manera, la Corte expuso que no es dable invocar el quebrantamiento de un principio como único elemento descriptor de una conducta disciplinaria, toda vez que ello vulnera las garantías de legalidad y tipicidad, en tanto este «[...] tiene una vocación normativa de carácter general, contraria a la concreción y especificidad que se requiere para la descripción de una falta disciplinaria [...]»³⁷, lo que significaría otorgar una amplia discrecionalidad a la autoridad disciplinaria para fijar la tipificación del proceder sancionable.

No obstante, la alta Corporación también consideró que los principios pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal³⁸ que permitan identificar sin duda, de forma clara, concreta e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria. Si tal situación no acontece, no puede hablarse de una conducta tipificada en la materia, por cuanto estaría descrita de forma genérica y sin precisión sobre sus elementos, lo que

³⁵ Véase, entre otras, las sentencias T-181 de 2002, C-506 de 2002, C-948 de 2002, C-1076 de 2002, C-125 de 2003, C-252 de 2003, C-383 de 2003 y T-1093 de 2004.

³⁶ La Corte completó su análisis manifestando que: «[...] De admitirse que una norma distinta a la ley permita la complementación de los principios para la definición de las faltas disciplinarias, llegaríamos al absurdo que además de la generalidad del principio, y de la ausencia de ley, las conductas sancionables terminen siendo descritas por reglamentos o normas de menor entidad. Así las cosas, esta Corporación concluye que solamente en aquellos casos en que sea posible la concreción de un principio a través de disposiciones de rango legal o de preceptos constitucionales de aplicación directa, se satisface los principios constitucionales que rigen en el derecho punitivo del Estado, y especialmente, en el derecho disciplinario [...]»

³⁷ Sentencia C-808 de 2005. Al respecto, precisó la Corte Constitucional que «[...] los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico [...]».

³⁸ «[...] Para lograr este propósito, es indispensable emplear la técnica de remisión del tipo disciplinario en blanco que exige para la constitucionalidad de la descripción de una falta disciplinaria, la definición previa de un contenido normativo específico que garantice la certeza de los comportamientos antijurídicos que serán objeto de reproche. En este caso, lo que se pretende determinar es la viabilidad de complementar la norma demandada, con otras disposiciones que preserven la posibilidad de reconocer consecuencias disciplinarias frente a aquellos comportamientos que infrinjan los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa. En últimas, esta Corporación debe antes de declarar la inconstitucionalidad de la norma, dilucidar si la misma a través de la complementación o remisión legislativa, admite salvaguardar la eficacia jurídica de los citados principios que sirven de fundamento para orientar y regular el comportamiento de los servidores públicos, a fin de hacer efectivos los fines del Estado [...]»

sería lesivo para las garantías fundamentales del debido proceso pues deja a la libre apreciación subjetiva del funcionario que ejerce la potestad disciplinaria la decisión de si se incurrió en la conducta prohibida.

En conclusión:

De acuerdo con la sentencia C-818 de 2005 solo procede invocar el quebrantamiento de un principio que regula la contratación estatal o la función administrativa como único elemento descriptor de una conducta disciplinaria cuando: **i)** Esta se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, en la cual se puede determinar con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público y, **ii)** aunque el principio sea general, éste se puede complementar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica.

Adicionalmente, será requisito imprescindible que, en la formulación del pliego de cargos, la autoridad disciplinaria establezca claramente tanto el principio como la regla constitucional o legal en la que se concreta la transgresión del orden normativo disciplinario.

2.3. Caso concreto

2.3.1. Régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado

En relación con la normativa aplicable a las Empresas Sociales del Estado, la Ley 489 de 1998 dispuso que se encuentran sujetas «[...] al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen [...]».

Al regular la materia, la Ley 100 de 1993, en su artículo 194, definió las Empresas Sociales del Estado como aquellas instituciones por medio de las cuales, la nación o las entidades territoriales, podían asumir la prestación directa de

servicios de salud. Respecto de su naturaleza, adujo que se trataba de una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

El régimen jurídico al que están sujetas se encuentra consagrado principalmente en el artículo 195 *ibidem*, siendo del caso destacar para los fines del presente proceso lo preceptuado en el numeral 6 de la norma en los siguientes términos: «[...] 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública [...]».

Ahora bien, el hecho de que los contratos que celebran las Empresas Sociales del Estado estén exceptuados del régimen de contratación estatal en virtud de su sometimiento al derecho privado no significa que sean ajenos a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, establecidos respectivamente en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, como tampoco lo son al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Por el contrario, a lo largo del *iter* contractual debe haber pleno sometimiento a los principios y régimen antedichos bajo el entendido de que, en todo caso, la actividad de contratación del Estado es solo un medio para lograr la satisfacción de los fines estatales³⁹, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, tal y como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993⁴⁰.

Por tal motivo, aunque en aquellos casos no resulte aplicable el régimen de contratación estatal, el desarrollo de la actividad contractual del Estado sigue siendo una manifestación del ejercicio de la administración pública y de la gestión fiscal por lo que deviene obligatoria la sujeción a los principios que las regulan a

³⁹ «ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.»

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.»

⁴⁰ En este sentido, la sentencia del 17 de marzo de 2010 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera (exp. 18.394) señaló que «[...] los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.)⁴⁰, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.)»

efectos de evitar decisiones caprichosas, negligentes o parcializadas que atenten contra el interés general y la teleología que desde la Constitución Política se ha trazado dentro del Estado social y democrático de derecho.

En relación con la aplicación de estos principios a contratos estatales regidos por el derecho privado, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha precisado⁴¹:

[...] 18. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala debe recordar que la aplicación de un régimen privado a un contrato estatal, que en principio significa que este no puede contener mayores requisitos en su celebración, perfeccionamiento y ejecución a los que son exigidos a los acuerdos entre particulares, **no puede servir como justificación del desconocimiento e inaplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y en tal sentido, aún cuando no sean previstos en las leyes civiles y comerciales correspondientes a cierto tipo de negocio jurídico, el contrato estatal debe contener elementos que permitan su efectivización.**

19. Así, cuando es evidente que un contrato estatal debe, en todos los casos, cumplir con principios de la función administrativa y fiscal como **la publicidad, la economía, la responsabilidad de los funcionarios públicos y, sobre todo, la transparencia en las actuaciones adelantadas, no puede pensarse en la posibilidad de un contrato que sea celebrado de una forma que no permita el cumplimiento de estos principios.**

(...)

21. No resulta viable la existencia de un contrato que no esté, por ejemplo, sujeto a la posibilidad del escrutinio por parte de un organismo de control que requiera verificar el cumplimiento de mandatos legales en su celebración o ejecución, o que en él se haya producido una correcta ejecución fiscal [...](Negrillas fuera del texto original)

En similar sentido, en sentencia del 6 de julio de 2017, señaló lo siguiente:

[...] Las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen un régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado, de manera preponderante, como ordenador y determinador del aspecto

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 25.892. También ver la sentencia del 26 de junio de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Proceso 17001233100019990093401 (27390). Actor: Hospital Departamental de Santa Sofía de Caldas. Demandado: Instituto de Seguros Sociales –I.S.S. Acción: Contractual.

sustantivo del negocio jurídico; y **los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades**, como organizadores supletorios del anterior régimen cuando aplica al Estado ⁴² [...] (Negrillas fuera del texto original)

De esta forma, los principios propios de la función administrativa y de la gestión fiscal, además de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, resultan aplicables a todo régimen contractual que sea excepcional al contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta posición, además de tener sustento en la Constitución Política en concordancia con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, fue sostenida de manera reiterada por la jurisprudencia a tal punto que se positivizó expresamente en la Ley 1150 de 2007⁴³, artículo 13, en los siguientes términos:

[...] ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, **los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal** [...] (Negrillas fuera del texto original)

En ese orden de ideas, la actividad contractual del Estado, en todas sus fases y con independencia de que la entidad de que se trate sea ajena al régimen de contratación pública, debe ejercerse al servicio de los intereses generales y con respeto de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, descentralización, delegación y desconcentración de funciones, así como en cumplimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades constitucional y legalmente establecido en materia contractual.

Este último ya fue objeto de desarrollo en el acápite precedente, quedando por analizar lo relativo a los principios de la función administrativa, los que al tenor del

⁴² Sentencia del 6 de julio de 2017; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00730-01(51920).

⁴³ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

artículo 209 superior, han sido clasificados por la Corte Constitucional como finalísticos, funcionales y organizacionales. Los primeros dan cuenta de la teleología a la que se debe aquella y, por ende, en estos puede ubicarse el interés general como la principal hoja de ruta dentro del Estado social y democrático de derecho. Los principios funcionales, por su parte, aluden a la forma en que se ha de desarrollar la función administrativa, es decir, con acatamiento a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por último, los organizacionales son aquellos en virtud de los cuales se define la distribución de las competencias dentro de la estructura de la administración pública, de manera que allí se encuentra la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones⁴⁴.

En la norma la enunciación que se hace de estos principios es muy general y solo a través del desarrollo jurisprudencial se ha logrado determinar su alcance. Así, la Sección Tercera manifestó que estos permean toda la actividad contractual del Estado en los siguientes términos⁴⁵:

[...] **i). En virtud del principio de imparcialidad:** Las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos (para el caso los de selección contractual) consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Como puede apreciarse la definición legal de este principio es desarrollo del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la C.P. [...]

ii). En virtud del principio de economía: Se tendrá en cuenta que las normas que fijan los procedimientos de selección contractual se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que lo estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa [...]

iii). En virtud del principio de eficacia: Se tendrá en cuenta que los procedimientos de selección contractual deben lograr su finalidad,

⁴⁴ En este sentido pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-561 del 4 de agosto de 1999, expediente D-2376, demandante Elson Rafael Rodríguez Beltrán y la C-036 del 25 de enero de 2005, expediente D-5282, Actor: Arleys Cuesta Simanca.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Providencia del 3 de diciembre de 2007. Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) acumulados.

removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias [...]

iv). En virtud del principio de publicidad: Las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios [...]

v). En cuanto al principio de la moralidad administrativa: [...] Ha dicho la jurisprudencia que este principio se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares [...]

[...] ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concebidas al funcionario que lo ejecuta; en este sentido, existe una estrecha vinculación entre este principio y la desviación del poder [...]

De otro lado, el artículo 267 de la Constitución Política señala que el ejercicio del control fiscal es posterior y selectivo, que se extiende a los ámbitos financiero, de gestión y de resultados, y que debe desarrollarse siempre con base en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales.

Con el propósito de armonizar el régimen de contratación privado a estas máximas constitucionales, se generó un fenómeno con ocasión del cual las entidades públicas reguladas por él comenzaron a dictarse sus propias reglas en materia contractual. En efecto, las características del sistema normativo aplicable en esos casos les otorgan autonomía para expedir estatutos internos en el asunto, también llamados manuales de contratación.

A estos se les ha reconocido la naturaleza de actos administrativos dentro de la categoría de reglamentos y se ha aceptado su validez bajo el entendido de que la capacidad creadora de reglas propias del procedimiento contractual tiene como límite aquellos asuntos que son objeto de reserva legal⁴⁶. En esa medida, cuando la entidad decide expedir un manual de contratación queda vinculada a él con la fuerza propia de los reglamentos internos, siendo en todo caso obligatoria la sujeción a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, mientras que la remisión al derecho privado tendrá cabida en todo aquello que no haya sido

⁴⁶ *Ibidem*.

objeto de auto regulación.

Ahora bien, en ejercicio de ese margen de libertad, es admisible que la administración reproduzca en dichos manuales normas propias del régimen de contratación estatal, tales como la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, cuyas reglas serían aplicables a lo largo del proceso contractual, naturalmente, no en su rango de ley sino, como se anunció, con la fuerza que le asiste al reglamento interno.

2.3.2. Estudio probatorio y valoración del caso concreto

La Procuraduría General de la Nación, en el pliego de cargos, especificó que la demandante incurrió en las faltas disciplinarias consagradas en los numerales 17, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. A efectos de estudiar si la tipificación de estas infracciones tuvo lugar, obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

- Contrato de arrendamiento de equipo de microcirugía ocular, otorrino y neurocirugía, suscrito el 16 de julio de 2003 entre el Hospital Civil de Ipiales E.S.E. y el Centro Oftalmológico, representados respectivamente por la hoy demandante en calidad de gerente y por el señor Felipe Betancourth Salazar⁴⁷. De este cabe resaltar lo siguiente:

[...] CLAUSULA PRIMERA: Objeto. El objeto del Contrato es entregar en Arrendamiento por el ARRENDADOR al ARRENDATARIO de los siguientes equipos: Microscopio quirúrgico, Marca TOPCON, diatermia bipolar, turbina para fresado corneal marca GUSOR, instrumental quirúrgico múltiple para microcirugía ocular, autoclave para instrumental quirúrgico [...] CLAUSULA TERCERA: Valor y Forma de pago. El valor del presente contrato asciende a la suma de TRES MILLONES TRECIENTOS MIL PESOS M/C (\$3.300.000.00), y por los meses restantes a razón de QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/C (\$592.778.00) cada una. CLAUSULA CUARTA: Duración. El presente Contrato tiene una

⁴⁷ Ff. 72-73.

duración de Cinco (5) meses y catorce (14) días, comprendidos del 16 de julio a 31 de diciembre de 2003 [...]

- Contratos de arrendamiento de equipo de microcirugía ocular, otorrino y neurocirugía, suscritos el 1.º de enero de los años 2000⁴⁸, 2001⁴⁹ y 2002⁵⁰, entre el Hospital Civil de Ipiales E.S.E. y el Centro Oftalmológico, representados respectivamente por el señor Miguel Armando Benavides en calidad de gerente y por el señor Felipe Betancourth Salazar.
- Informe contable UI-CTI 1349 del 27 de octubre de 2004⁵¹, rendido por el CTI de la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso disciplinario que se adelantó en contra de la demandante, en el que pueden leerse las conclusiones que se anotan a continuación:

[...] el CENTRO OFTALMOLÓGICO DE IPIALES, que suscribió con la representación del señor FELIUPE BETANCOURT SALAZAR, los contratos de arrendamiento con objeto de investigación y que se sumergen en el expediente a folios 72 y 76, NO EXISTE en el ámbito de la jurisdicción de la ciudad de Ipiales [...]

Se entrevistó (sic) al señor ALVARADO GONZALEZ, respecto al funcionamiento del ente de su propiedad y manifestó argumentando, que es un ente que funciona con dos auxiliares, y que su ubicación en esa nomenclatura data desde hace aproximadamente diez (10) años. Adujo no conocer el CENTRO OFTALMOLÓGICO que representa el señor BETANCOURT y que no posee parentescos con éste, excepto el laboral, por que cumple en su Centro Médico Oftalmológico funciones contables.

Se lo exhortó respecto si son de su propiedad los equipos que se relacionan en los contratos que asoman a folios 72 y 76 del cuaderno original y, respondió acertadamente, demostrando su legitimidad con las facturas 5171 y 5170 [...]

Estribió refiriendo, que los mismos se encuentran al servicio del Centro Hospitalario hace quince años atrás, y que en la actualidad hacen

⁴⁸ F. 76, cuaderno 5.

⁴⁹ F. 75, cuaderno 5.

⁵⁰ F. 74, cuaderno 5.

⁵¹ F. 157-159, cuaderno 5.

parte de la dotación hospitalaria, sin devengar por este menester un canon de arrendamiento.

[...] la administración del centro hospitalario en cabeza de su representante, Dra. ANA BELEN ARTEAGA TORRES, mediante acta de liquidación de contrato la cual se adjunta, en el mes de octubre del año inmediatamente anterior, en unanimidad con el contratista, señor FELIPE BETANCOURT, liquidan el contrato de arrendamiento sin ningún tipo de compensación pecuniaria, pese a que los equipos de propiedad del señor EDGAR ALVARADO GONZÁLEZ, se encuentran al servicio del hospital hasta el día de hoy [...]

Se consultó en la Secretaría de Educación, Alcaldía Municipal de Ipiales, si el señor BETANCOURT, es el Director de la Dirección del Núcleo Educativo y contestaron positivamente, aduciendo que su sede, se encuentra ubicada en el ente territorial de la ciudad de Córdoba [...]

- Facturas 5171 y 5170 del 13 de agosto de 1990⁵² en las que consta la compra de los equipos objeto de los contratos de arrendamiento, por parte del señor Edgar Alvarado González.
- Resolución 1779 de 2 de julio de 1990, por medio de la cual el director del Hospital de Ipiales nombró en provisionalidad al señor Edgar Alvarado González para desempeñar el cargo de Médico Otorrinolaringólogo⁵³.
- Acta de posesión 082 de 1.º de agosto de 1990, mediante la cual el señor Edgar Alvarado González toma posesión del cargo antedicho⁵⁴.
- Certificación expedida por la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales el 30 de noviembre de 2004 en la que consta la vinculación del señor Edgar Alvarado González a la entidad desde el 1.º de agosto de 1990 y hasta la fecha⁵⁵.

⁵² Ff. 162-163, cuaderno 5.

⁵³ F. 290, cuaderno 5.

⁵⁴ F. 291, cuaderno 5.

⁵⁵ F. 292, cuaderno 5.

- Acta de liquidación con fecha 6 de octubre de 2003⁵⁶, del contrato de arrendamiento suscrito el 16 de julio de 2003 entre el Hospital Civil de Ipiales E.S.E. y el Centro Oftalmológico. En ella consta que la institución de salud no canceló concepto alguno por el contrato y que el arrendador renunció al cobro de tal dinero.
- Acuerdo 31 de 27 de abril de 2000, por el cual se establece el manual específico de funciones y requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal de la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales⁵⁷. De aquel se desprende la siguiente información respecto del cargo ocupado por la señora Ana Belén Arteaga Torres:

[...] I. IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO:

DENOMINACIÓN DEL EMPLEO: GERENTE

CÓDIGO: 085

No. DE CARGOS: 1

DEPENDENCIA ORGÁNICA: GERENCIA

DEPENDENCIA JERÁRQUICA: JUNTA DIRECTIVA

II. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES

Formulación y adopción de políticas, planes, programas y proyectos de ejecución en la Empresa Social del Estado. Ejercerá la dirección y representación legal de la empresa.

III. FUNCIONES [...]

○ Velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen la empresa [...]

○ Celebrar o suscribir los contratos de la empresa.

[...]

- Acuerdo 002 de 29 de noviembre de 1997⁵⁸, por medio del cual se expide el estatuto del Hospital Civil de Ipiales.

⁵⁶ Ff. 173-174.

⁵⁷ Ff. 670-688 y 702-787, cuaderno 4.

⁵⁸ Ff. 23-62, cuaderno 5.

- Decreto 0148 de 5 de febrero de 2003 en el que el gobernador de Nariño dispone el nombramiento de la hoy demandante en el cargo de gerente del Hospital Civil de Ipiales E.S.E., por periodo de tres años⁵⁹.
- Acta de posesión 009 de 6 de febrero de 2003 en el que consta que la hoy actora tomó posesión del cargo de gerente de la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales⁶⁰.
- Certificado de tiempo de servicios y constancia 10233 expedidos el 19 de octubre de 2004 por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Nariño en la que consta la vinculación en propiedad, como docente nacional, del señor Felipe Celestino Betancourth Salazar⁶¹.
- Informe contable FGN-CTI 0226 de 20 de febrero de 2006⁶² rendido por la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso disciplinario 085-11338. De este se destacan las siguientes conclusiones:

[...] [E]l equipo para microcirugía ocular y neurocirugía puesto en arrendamiento por la firma “Centro Oftalmológico” a favor del Hospital Civil de Ipiales por el último cuatrimestres del año 1999, años 2000, 2001, 2002 y 2003, fue utilizado por el ente de salud desde el año 1990 y hasta el mes de agosto del año 1999 en forma gratuita, al igual que los últimos ocho (8) meses del año 2003 y 2004, toda vez que el contrato de arrendamiento fue liquidado sin erogación alguna [...] [L]os valores del equipo de microcirugía ocular, otorrino y neurocirugía según las cotizaciones excedían los costos de los \$140.727.940 para el mes de septiembre del año 1999 y de \$199.320.000 para el año 2004, si el ente de salud hubiese decidido comprar el equipo, empero no hay que desconocer que el hospital para las anualidades del 2000 y 2003 se encontraba atravesando una situación financiera no muy boyante, adolecía de liquidez inmediata [...] En el caso concreto del año 2003, donde la administración del Hospital Civil de Ipiales, suscribió el contrato de arrendamiento con el “Centro Oftalmológico”, por la suma de \$3.300.000, por el periodo comprendido del 16 de julio

⁵⁹ F. 22, cuaderno 5.

⁶⁰ F. 288, cuaderno 5.

⁶¹ Ff. 199 y 200, cuaderno 5.

⁶² Ff. 405-405-411, cuaderno 3.

al 31 de diciembre del año en comento, anotando que estos emolumentos no fueron pagados por liquidación del contrato, de haberse hecho uso de los servicios de ARRENDAMIENTO con la empresa "OPIMED" por el sistema de Leasin (sic) Financiero se hubiese tenido que desembolsar la suma de \$18.484.697 y por el Leasin (sic) Operativo la suma de \$19.765.614, es decir que el ente de salud se economizó esos recursos [...] Fuerza anotar que las personas atendidas por el hospital Civil de Ipiales y en las cuales se hizo necesario la utilización del equipo en arrendamiento con la firma "Centro oftalmólogo" ascendió a la cantidad de MIL CIENTO PERSONAS (1.100), en el periodo en comento [1999 a 2004] [...] Por ese orden de ideas tomando como referencia la PRODUCTIVIDAD, es factible colegir que el ente de salud obtuvo unos ingresos facturados por la suma de \$611.054.200, por la utilización del alquiler del equipo de microcirugía ocular, otorrino y neurocirugía con la firma "Centro Oftalmológica", a quien únicamente canceló la suma de \$22.250.000 en el periodo comprendido de septiembre del año 1999 y diciembre del año 2004, es decir que alcanzo (sic) una rentabilidad de \$588.000.000 [...] De no haberse tenido disponible los equipos para prestar los servicios quirúrgicos en el hospital Civil de Ipiales [...] los pacientes tendrían que haberse remitido a la ciudad de Pasto o a diferentes ciudades capitales del país, toda vez que en esta ciudad no existe otra entidad de salud que preste esos servicios [...]

Establecido lo anterior, la Sala advierte que, en lo que respecta a la tipicidad, el estudio que realizó la Procuraduría General de la Nación no merece reproche alguno ya que el comportamiento enjuiciado, que desplegó la señora Ana Belén Arteaga Torres, se ajusta a las infracciones que consagran los numerales 17, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Según se expuso en líneas anteriores, el régimen de contratación al que se encuentra sometida la referida institución hospitalaria en su condición de Empresa Social del Estado es el de derecho privado, el cual debe armonizarse con los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal, así como con el respeto por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la materia.

Este último prevé de manera diáfana la prohibición que tienen los servidores públicos de celebrar contratos con entidades públicas, bien sea de manera directa, por interpuesta persona o en representación de otro, tal y como se desprende de la regla constitucional de aplicación directa contenida en el artículo 127 superior y de la ley del artículo 8, literal f) de la Ley 80 de 1993.

En el caso de la hoy demandante se tiene que esta, en ejercicio de las funciones propias del cargo de gerente del Hospital Civil de Ipiales, suscribió contrato de arrendamiento el 16 de julio de 2003 con una supuesta sociedad denominada «Centro Oftalmológico», respecto de la cual logró demostrarse que no se encontraba legalmente constituida y que, además, el señor Felipe Betancourth Salazar, quien dijo ser su representante legal, tenía la condición de servidor público a raíz de su vinculación como docente oficial.

Adicionalmente, se encuentra probado que los equipos objeto de arrendamiento eran de propiedad del señor Edgar Alvarado González, quien para la época de los hechos se desempeñaba como médico especialista del Hospital Civil de Ipiales, motivo por el cual también respecto de este último puede evidenciarse la incursión en causal de inhabilidad para contratar con el Estado.

Lo anterior permite concluir que la actora incurrió en la prohibición ínsita en los numerales 17 y 30 del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 pues resulta indiscutible que, al tener la calidad de servidor público, el señor Felipe Betancourth Salazar se encontraba incurso en la causal de inhabilidad anunciada y, por consiguiente, carecía de capacidad para contratar, directamente o por interpuesta persona, con el Estado.

De igual manera, puede afirmarse la tipificación de la infracción de que trata el numeral 31 del artículo 48 *ibidem* toda vez que, al contratar con quien se encontraba inhabilitado para tales efectos, la demandante desconoció los principios de la función administrativa que buscan salvaguardarse a través de la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tales como el de transparencia, moralidad, eficacia de los fines estatales y la realización del interés general.

Aunado a lo anterior, se advierte que se dan los supuestos de la sentencia C-818 de 2005 como quiera que la vulneración de los principios referidos se proyecta de manera concreta en el quebrantamiento de las reglas contempladas en el artículo 127 de la Constitución Política, como norma de aplicación directa, y en el artículo 8, literal f), de la Ley 80 de 1993.

En conclusión, la conducta que se le reprochó a la demandante se adecúa a las faltas disciplinarias descritas en los numerales 17, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 como quiera que resulta violatoria del régimen de inhabilidades constitucional y legalmente establecido en materia de contratación estatal, lo que consecuentemente desconoce principios de la función administrativa como la moralidad, la eficacia de los fines estatales y la realización del interés general.

Tercer problema jurídico.

¿El proceder de la señora Ana Belén Arteaga Torres encaja dentro del concepto de *ilicitud sustancial* en los términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002?

3.1. Relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario

Para abordar el tema de la *ilicitud sustancial* conviene precisar que el sustento de la potestad sancionadora del Estado, tratándose de la conducta de las personas que desarrollan función administrativa, se deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano, en la medida en que es su responsabilidad la consecución de los propósitos estatales⁶³. Esas cargas y obligaciones tienen su origen en lo regulado por el artículo 6 de la Constitución Política que literalmente prevé: «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».

⁶³ Sentencia C-252 de 2003.

Al respecto, la Corte Constitucional⁶⁴ sostuvo: «[...] Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado **y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario** [...]» (resaltado de la Sala)

Debe resaltarse que la responsabilidad de los servidores públicos se configura no solo por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino también por infringir la Constitución y las leyes, tal y como se deriva de la expresión «Los servidores públicos lo son por la misma causa» contenida en el precepto Superior, aspecto que se remarca en el artículo 123 *ejusdem*, al determinar que quienes presenten esta forma de vinculación están al servicio del Estado y de la comunidad y además están en la obligación de cumplir sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. En efecto, el de nombramiento es un acto - condición que exige la posesión de la persona designada para que logre la vinculación como servidor público, actuación que, a su vez, requiere que el designado preste juramento no solo de desempeñar los deberes que le incumben en tal estatus, sino también de cumplir y defender la Constitución, tal y como lo consagra el artículo 122 de la Constitución Política, al señalar «Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben», situación que impone un código de conducta ajustada a las normas que se comprometió a cumplir en las actuaciones que desarrolle en tal calidad. De allí se deriva que la falta disciplinaria se realiza por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, por extralimitación de sus funciones, pero también con ocasión de ellos⁶⁵, concepto que se acompasa con la finalidad del derecho disciplinario, esto es, la búsqueda del interés general encausado a través de la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en los términos del artículo 2 de la Carta Política, cuyo tenor literal es el siguiente:

⁶⁴ C-252 de 2003. « [...] Las expectativas de los ciudadanos en relación con el Estado sólo pueden cristalizarse a través del cumplimiento de las funciones de sus servidores, de suerte que los fines de aquél constituyen al mismo tiempo el propósito de las funciones de éstos [...]». Tomado del texto «De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud» de Alejandro Ordoñez Maldonado. Procuraduría General de la Nación. Página 24.

⁶⁵ Artículo 27 de la Ley 734 de 2002.

[...] ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares [...]

En línea con lo expuesto, el término «función pública» hace alusión a las actividades que desarrolla el Estado y permite determinar las competencias de los diferentes órganos estatales⁶⁶, toda vez que la propia Carta Política establece en el artículo 122 que «[...] no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento [...]».

En términos de la Corte Constitucional⁶⁷ «[...] **La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines.** Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad [...]» (Subraya la Sala).

Bajo tales parámetros, la función pública envuelve el desarrollo de labores asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, con las cuales se pretende: i) cumplir los fines del Estado y; ii) la satisfacción del bien general. Por ende, la ejecución de esta conlleva que quienes deben cumplirla lo hagan con respeto y acatamiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

3.2. Antijuridicidad entendida como ilicitud sustancial

⁶⁶ C-563 de 1998.

⁶⁷ C-631 de 1996.

La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo⁶⁸, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión. Así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»

Ahora bien, en cuanto a la antijuridicidad en el derecho disciplinario debe indicarse que esta, al igual que en el derecho penal, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, para su configuración no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley (antijuridicidad formal), ya que tal consideración implicaría la viabilidad para responsabilizar objetivamente a un individuo por el solo incumplimiento formal de una norma.

Aunque coinciden el derecho disciplinario y el derecho penal en esta apreciación, no es así cuando se trata de analizar el otro componente de la antijuridicidad que sí contempla el segundo, denominado «antijuridicidad material». Este no está concebido en el primero, en la medida que para que se configure una infracción disciplinaria no exige un resultado lesivo o dañino al Estado, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Sección ha expresado:⁶⁹

[...] Por su parte la antijuridicidad es descrita por la norma disciplinaria como la ilicitud sustancial que se traduce en una afectación del deber funcional sin justificación alguna⁷⁰, es decir, **este elemento a diferencia del derecho penal⁷¹ al cual hace referencia la demandante en su acusación no responde a la gravedad del daño producido**, motivo por el cual, el sujeto disciplinable solo se excusaría cuando su conducta no sea antijurídica, a saber, en la

⁶⁸ CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, Teoría General del Derecho Disciplinario, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2009, págs. 132 y siguientes.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 11001-03-25-000-2012-0352-00. Número interno: 1353-2012. Demandante: Ruby Esther Díaz Rondón. Demandado: Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales – DIAN. 16 de abril de 2015.

⁷⁰ Artículo 5.º C.D.U.

⁷¹ Ley 599 de 2000, artículo 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

medida en que la ilicitud no sea sustancial o tenga una justificación válida para haberla cometido, para lo cual, deben revisarse las causales de exclusión de responsabilidad⁷².

En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala⁷³, se tiene además que, de conformidad con el artículo 5º del Código Disciplinario Único **la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.** Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que **la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público** [...] (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, se puede asegurar que el derecho disciplinario no exige, para que se configure una infracción disciplinaria, que la conducta desplegada por el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas genere un resultado, esto es, cause un daño al Estado. Por tanto, en principio, bastaría con que el servidor público quebrante los deberes para que pueda afirmarse que se incurrió en un actuar disciplinable.

Sin embargo, la antijuridicidad entendida desde esta perspectiva no es del todo precisa. En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 asimiló los conceptos de «antijuridicidad» con el de «ilicitud sustancial» luego, en consideración a ello, es claro que no puede simplemente analizarse el primer término aisladamente, sino que es menester que a este se agregue el adverbio «sustancial», aspecto que repercute de forma directa en el análisis que debe observarse cuando de juzgar una actuación de un servidor público a la luz del derecho disciplinario se trata.

Es útil precisar que por la palabra *sustancial* se entiende:

1. adj. Pertenciente o relativo a la sustancia. *Esta definición es sustancial, no accidental.*
2. adj. Importante o esencial. *En lo sustancial estamos de acuerdo.*

⁷² Artículo 28.º, numerales 1.º a 6.º del C.D.U. La causal número 7 responde a la culpabilidad.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

3. adj. sustancioso (ll rico en valor nutritivo). (<http://dle.rae.es/?id=YpLjVbm>)

Por su parte, *sustancia* se define así:

[...]

2. f. Parte esencial o más importante de algo. No traicionaba la sustancia del pacto firmado.

3. f. Conjunto de características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo. La palabra democracia está perdiendo su propia sustancia histórica.

4. f. Valor, importancia o utilidad de algo. Un discurso con poca sustancia.

[...] (<http://dle.rae.es/?id=Yplehqm>)

De las definiciones señaladas se puede extraer que la referencia a *sustancial* en relación con la ilicitud, significa que la infracción del deber sustancial debe tener cierta relevancia, importancia o ser esencial frente a los fines del Estado, la satisfacción del bien general y los principios de la función pública.

En términos generales, esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir, contraria a derecho (ilicitud), debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público⁷⁴ (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características confluyen se está en presencia de una «antijuridicidad sustancial», requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

Esta figura, derivada del análisis doctrinal y jurisprudencial, permite establecer las pautas de interpretación del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 y, por ende, sirve para entender en qué casos una conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y en cuales no, al

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-948 de 2002 y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00167-00(0728-12). Actor: Jorge Gutiérrez Sarmiento. Demandada: Nación, Ministerio de la Protección Social, 12 de mayo de 2014.

circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública. Así, se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen dentro del tipo disciplinario, no tienen una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

Sobre la «ilicitud sustancial» que trae consigo el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 la doctrina ha manifestado⁷⁵ «[...] **la antijuridicidad, o mejor la ilicitud**, en derecho disciplinario no puede ser entendida como mera contradicción de la conducta de la norma; eso sería tanto como pregonar la exigencia del deber por el deber mismo. Pero el camino correcto para ello no es hablar de antijuridicidad material, pues ello es propio del derecho penal. La antijuridicidad sustancial es un término genérico que cobija las especies de antijuridicidad material e ilicitud sustancial. La primera como se dijo, aplicable al derecho penal, y la segunda al derecho disciplinario. **La antijuridicidad sustancial es el término correcto para denominar el fenómeno propio del derecho disciplinario. Presupone como objeto de protección del derecho disciplinario el deber, pero en términos funcionales.** Por ello el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 habla del “deber funcional”, y define la “ilicitud sustancial” como la afectación de aquel sin justificación alguna. Es presupuesto de la ilicitud sustancial merecedora de reproche el que se “afecte sustancialmente los deberes funcionales” [...]» (Resaltado fuera de texto).

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por⁷⁶ «[...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]».

⁷⁵ Dogmática del Derecho Disciplinario. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Sexto Edición, mayo de 2017. Universidad Externado de Colombia. Páginas 368 y 369.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 12 de mayo de 2014. Radicado: 11001-03-25-000-2011-00268-00(0947-11). Demandante: Blanca Patricia Restrepo Quintana. En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias C- 712 de 2001, C- 252 de 2003 y C- 431 de 2004.

Otro sector de la doctrina resaltó⁷⁷ «[...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, **es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta.** De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función [...]» (Subrayado de la Sala).

Por su parte la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura señaló⁷⁸ «[...] En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de la antijuridicidad material, y a que pugna abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación de los deberes funcionales, es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de “ilicitud sustancial” para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter sustancial y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos [...]»

A su vez, la Procuraduría General de la Nación también siguió esta línea al afirmar que⁷⁹ «[...] En el orden precedente y desde un referente de justicia, la *sustancialidad* de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la ***antijuridicidad sustancial*** del comportamiento [...]».

En cuanto al Consejo de Estado se refiere, múltiples han sido las providencias que también acogieron esta postura⁸⁰, dentro de las cuales se afirmó: «[...] En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, se tiene además que, de conformidad con el artículo 5 del Código Disciplinario Único la falta será

⁷⁷ Esiquio Manuel Sánchez Herrera, Dogmática practicable del derecho disciplinario, Preguntas y respuestas, 2.º edición. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Página 48.

⁷⁸ Sentencia con Radicado 19971473-01 del 16 de septiembre de 2003 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

⁷⁹ Tomado del texto «De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud» de Alejandro Ordoñez Maldonado. Procuraduría General de la Nación. Página 28.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00352-00(1353-2012). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales. Ver también la providencia de esta Corporación del 2 de mayo de 2013. Radicación: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación.

antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...].».

Los anteriores pronunciamientos recogen la posición jurídica asumida por la Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 734 de 2002. En dicha oportunidad, el alto Tribunal expresó⁸¹:

[...] Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, **el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.**

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.**

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el

⁸¹ En el mismo sentido se emitieron las sentencias C-373 de 02 y C-452 de 2016, en esta última la Corte manifestó: « [...] Bajo esta misma línea argumentativa, la sentencia en comento aclara que la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional [...]» (Subraya fuera del texto).

correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines

[...]» (Subraya la Subsección).

De acuerdo con lo expuesto, la autoridad disciplinaria debe evaluar, para efectos de determinar si se está en presencia de responsabilidad disciplinaria, si el proceder del servidor público, además de desconocer formalmente el deber, lo infringió de manera sustancial, es decir, si atentó contra el buen funcionamiento del Estado, el interés general o los principios de la función administrativa y en consecuencia afectó la consecución de sus fines. En otros términos, debe verificar la sustancialidad de la ilicitud.

La anterior postura conlleva necesariamente a que, por regla general, la conducta desplegada por el servidor público en su ámbito personal no pueda ser analizada bajo la lupa del derecho disciplinario, en razón a que no tiene una relación directa con la prestación del servicio y, por ende, mal haría el Estado en entrar a determinar la forma adecuada de su comportamiento. Esta apreciación se fundamenta en el derecho que le asiste a todo ciudadano de ejercer su libertad, la cual no puede ser socavada o limitada por las normas disciplinarias y por ende⁸² «[...] el legislador sólo puede tipificar como conductas relevantes en el ámbito disciplinario aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas (...) Es decir, **el Estado está compelido a ejercer su poder de manera armónica con la cláusula general de libertad** o, lo que es lo mismo, sin desconocer el efecto vinculante de la Carta Política como conjunto armónico de principios para la regulación de la vida social [...]» (Subraya la Sala).

Bajo tal perspectiva, es innegable que el derecho sancionador comprende aquellas conductas que impliquen la infracción de los deberes funcionales del servidor público, esto es, descarta el proceder que no tenga relación directa con la función pública, en la medida que al considerar otro tipo de comportamientos ajenos o privados, se invadiría ilegítimamente el derecho a la libertad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de 1991.

Sin embargo, el concepto de *deber funcional* contenido en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, amerita un análisis adicional, puesto que la expresión «funcional» no

⁸² Sentencia C-252 de 2003.

puede contraerse solamente a los comportamientos desplegados u omitidos en el desarrollo de las funciones propias de su cargo, ello por cuanto con la conducta desplegada en otros ámbitos, incluso el campo privado del sujeto disciplinable puede trascender a los deberes a su cargo y afectar la consecución de los fines del Estado y en particular, de la entidad pública en la cual desarrolla sus funciones. Tal interpretación fue la plasmada por la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2003, en la que analizó la constitucionalidad del ordinal 2 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establecía como infracción disciplinaria el consumo de sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica en el sitio de trabajo o en lugares públicos. Sobre el particular la Corte expresó:

[...] De acuerdo con ello, si un servidor público o particular que cumple funciones públicas consume en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica y lo hace encontrándose en ejercicio de sus funciones, la imputación de la falta disciplinaria es legítima. **Y también lo es si tal comportamiento se despliega en un lugar público, sin que el servidor se encuentre en ejercicio de sus funciones pero si él tiene la virtualidad de afectar la función pública.** En estos dos supuestos, independientemente del nivel funcional al que se halle adscrito el servidor, se despliega un comportamiento que trasciende a su rol funcional y que afecta los deberes a su cargo.

Ahora, en aquellos supuestos en que el comportamiento se comete en lugar público y sin que el servidor se encuentre en ejercicio de sus funciones, el funcionario de control disciplinario, en cada caso, deberá apreciar si la conducta afecta o no la función pública y si hay lugar o no a la imputación de un ilícito disciplinario. Tal apreciación deberá realizarse de manera razonable, teniendo en cuenta el contexto en el que se incurrió en el comportamiento y la incidencia que pueda tener en el rol funcional a cargo del servidor.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte declarará la exequibilidad de la regla de derecho de acuerdo con la cual constituye falta gravísima consumir en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica pero lo hará de manera condicionada en el entendido que la falta se configura siempre que esa conducta afecte la función pública [...] (Resalta la Sala)

El estudio que hizo la Corte acerca de la aplicabilidad del derecho disciplinario para sancionar el comportamiento del servidor público cuando su proceder se desarrolle en un rol privado y no en ejercicio de sus funciones, es perfectamente aplicable para las demás actuaciones que tengan esta connotación, eso sí, siempre que la conducta desplegada por el servidor público en estas condiciones

tenga la virtualidad de afectar la función pública, el interés general o los fines del Estado.

Aunado a lo anterior, es importante anotar que la Corte Constitucional ha señalado que sobre los servidores públicos pueden existir cargas adicionales a las que se exigen al común de los ciudadanos, en razón a que estos son la representación del Estado y los encargados de velar por el bienestar general de la comunidad, luego les corresponde con sus actuaciones ser ejemplo en cuanto al cumplimiento del ordenamiento jurídico⁸³.

Al respecto, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del tipo disciplinario consagrado en el numeral 13 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995 que establecía como prohibición⁸⁴ «[...] El reiterado e injustificado incumplimiento de sus obligaciones civiles, laborales, comerciales y de familia, salvo que medie solicitud judicial [...]» y que a su juicio tipificaba como falta disciplinaria actividades de índole privado del servidor público, expresó:

[...] 6. El fin de la norma bajo examen es el de garantizar que los servidores públicos respondan al modelo del ciudadano cumplidor de sus obligaciones legales y que no lesionen la imagen pública del Estado. Detrás de este objetivo pueden encontrarse varias razones: por un lado, que los funcionarios son la representación más visible del Estado y se espera que sus actuaciones concuerden con las visiones que se proponen acerca de la colectividad política y del papel de cada uno de los asociados dentro de ella; por otro lado, que los servidores públicos son los encargados de realizar las actividades estatales en beneficio de los ciudadanos y que, en consecuencia, deben brindar con su vida personal garantía de que en el desarrollo de sus labores responderán a los intereses generales de la comunidad; de otra parte, que, en la medida de lo posible, los servidores públicos estén liberados de los inconvenientes y los trastornos que generan las continuas reyertas y desavenencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones privadas, de manera que puedan dedicarse de lleno a sus labores y que no involucren a las entidades estatales en esos conflictos; y, finalmente, que los funcionarios no se amparen en su calidad de servidores del Estado para cometer desafueros, bajo el entendido de que su condición infunde temor en los afectados por sus acciones.

[...]

Así, pues, no vulnera el principio de igualdad el hecho de que la ley exija de los servidores públicos condiciones y conductas especiales,

⁸³ Sentencia C-280 de 1996.

⁸⁴ La Ley 734 de 2002 en el artículo 35 conservó este tipo disciplinario al señalar «[...] 11. Incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales o administrativas o admitidas en diligencia de conciliación [...]» Numeral declarado EXEQUIBLE, con excepción del texto subrayado que se declaró INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-949 de 2002

por cuanto su misma condición de funcionarios del Estado autoriza que se den diferenciaciones con respecto a este conglomerado de ciudadanos [...]

3.3. La infracción del deber funcional debe ser injustificada

Advierte la Sala que para que exista antijuridicidad sustancial de la conducta es menester que la afectación del deber funcional se origine en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que debe analizarse que tal conducta no haya sido cometida, por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002:

[...] Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes [...]»

De acuerdo con los parámetros esbozados puede concluirse lo siguiente:

- El «deber funcional» que contempla el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, se desprende de la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los servidores públicos. Específicamente, hace referencia a la obligación que le asiste

a estos de: i) Cumplir el conjunto de funciones asignadas a su cargo, ii) actuar conforme la Constitución Política, la ley o el reglamento, y, iii) garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la prevalencia del interés general y de los fines del Estado. En efecto, el deber funcional es catalogado como el medio a través del cual se cumplen los fines estatales.

- Cuando el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 se refiere a la antijuridicidad, la equipara a la ilicitud sustancial. Por ende, las autoridades disciplinarias en el momento de decidir si una conducta de un servidor público es sancionable disciplinariamente, debe verificar, no solo la vulneración del deber, es decir la ocurrencia de la antijuridicidad formal propiamente dicha, sino que además le corresponde examinar la sustancialidad de la ilicitud, pues de lo contrario se trataría de responsabilidad objetiva que se encuentra proscrita.

- En virtud de lo anterior, solo pueden ser juzgadas disciplinariamente, las conductas que afecten sustancialmente el deber funcional, entendido este en los términos arriba señalados.

-Se considera que existe «ilicitud sustancial», cuando se comprueba que el quebrantamiento del deber, implica una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado, del interés general y/o de la función pública, esto es, cuando se afecta sustancialmente el deber funcional.

-No es la ocurrencia del daño lo que determina la responsabilidad, sino la sustancialidad del deber. Por tanto basta con que el incumplimiento del deber afecte sustancialmente la función pública, el interés general, o los fines del Estado, para que se produzca la falta. Ello siempre y cuando, el quebrantamiento del deber funcional no esté amparado en las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

3.4. Análisis de la ilicitud sustancial de la conducta investigada

La demanda se apoyó en el informe contable FGN-CTI 0226, del que dijo no había sido valorado por la entidad sancionadora, para señalar que, entre 2000 y 2003, la institución hospitalaria atravesó una situación financiera «no muy boyante,

adolecía de liquidez inmediata», circunstancia que justificó la imposibilidad de adquirir los equipos y la consecuente necesidad de arrendarlos. Adicionalmente, la prueba en comento destacó la forma en que los elementos objeto de arrendamiento habían sido de vital importancia en la atención oportuna y en debida forma que debía suministrarse a los habitantes del municipio de Ipiales, con lo que puede observarse que el contrato en cuestión redundó en múltiples beneficios sociales.

La Sala no desconoce lo consignado en el informe contable FGN-CTI 0226 de 20 de febrero de 2006 rendido por la Fiscalía General de la Nación, cuyas conclusiones fueron citadas *in extenso* al desarrollarse el anterior problema jurídico. Sin embargo, como quedó dicho en líneas precedentes, en materia disciplinaria no es requisito para que se configure la antijuridicidad o ilicitud sustancial de la falta, que con ella se produzca un resultado lesivo o dañino, por ello la ausencia de este no puede ser válidamente aducida como un eximente de responsabilidad.

Así las cosas, el hecho de que el Hospital Civil de Ipiales no hubiese sufrido un detrimento patrimonial a raíz de la suscripción del contrato de arrendamiento por el que fue sancionada la demandante o que la comunidad se hubiese beneficiado como consecuencia del uso de los equipos arrendados no pueden ser factores determinantes que conduzcan a predicar la licitud de la conducta reprochada.

Para definir si esta satisface el requisito de la ilicitud sustancial hay que señalar que la conducta enjuiciada se realizó dentro del marco del contenido funcional del empleo de gerente que desempeñaba la señora Ana Belén Arteaga Torres en la institución hospitalaria en cita, ya que tanto la Ley 80 de 1993, artículo 11, como el manual de funciones del hospital designan al representante legal como el funcionario competente para ordenar y dirigir la actividad contractual del Estado.

Igualmente, es importante anotar que la infracción de tal deber ha de considerarse **sustancial** en la medida en que atentó contra principios constitucionales que se estiman esenciales en el desarrollo y buen funcionamiento de la administración como lo son el de moralidad, la eficacia y la satisfacción del interés general.

Además, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades propende por la protección del principio de transparencia en la medida en que la celebración de

contratos por contratistas que se encuentren incursos en una causal de inhabilidad o incompatibilidad puede dar lugar a la configuración de actos de corrupción, siendo este último un crimen que socava tanto la democracia y la institucionalidad como la realización efectiva de los fines esenciales del Estado, pues genera condiciones propicias para el estancamiento y el subdesarrollo político, económico y social de los países que se ven afectados por él.

En este punto es importante señalar que la Sala no advierte razón alguna para justificar el proceder de la demandante, mucho menos cuando la buena fe debe ser exenta de culpa y no se avista en el expediente disciplinario un certificado o una declaración en la que conste que el contratista hubiere manifestado la inexistencia de inhabilidades e incompatibilidades, lo que podría explicar que la demandante hubiese tenido la convicción errada de que su conducta no era constitutiva de falta disciplinaria.

En conclusión: La conducta de la señora Ana Belén Arteaga Torres en calidad de gerente del Hospital Civil de Ipiales constituye una infracción **sustancial** a sus deberes funcionales, por cuanto con ella vulneró principios de la función administrativa esenciales para el buen desarrollo de la administración, afectó los fines esenciales del Estado y transgredió el principio de transparencia, entre cuyos propósitos se encuentra evitar actos de corrupción castigados tanto en instrumentos internacionales ratificados por Colombia⁸⁵ como por el ordenamiento interno. Aunado a ello, no existe causal de exoneración de responsabilidad que justifique la conducta o la torne lícita.

Cuarto problema jurídico

¿La Procuraduría General de la Nación vulneró el derecho a la igualdad de trato ante la ley de la demandante al no exonerarla de responsabilidad disciplinaria con base en el mismo argumentó que utilizó en el caso del señor Edgar Santiago Marín Gómez, gobernador del departamento del Casanare?

⁸⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La igualdad constituye un derecho fundamental, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que goza de eficacia normativa directa en atención a lo dispuesto en el artículo 85 *ibidem*. De acuerdo con la primera de tales disposiciones:

[...] ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan [...]

Adicionalmente, este derecho tiene consagración en la Convención Americana de Derechos Humanos, integrada al bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Carta Política. Al respecto, este instrumento internacional dispone en su artículo 24 que «[...] Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley [...]».

El derecho a la igualdad busca la realización de un orden justo mediante la garantía de un trato idéntico para todos aquellos que se encuentran en las mismas condiciones, lo que lleva a concluir que, en ciertas situaciones, lo procedente a efectos de garantizarlo es una discriminación positiva. Este concepto, que corresponde a lo que se conoce como igualdad material, permitió la superación de la teoría clásica liberal que, al predicar una igualdad absoluta y abstracta, promovía situaciones de profunda inequidad.

En armonía con las normas de rango superior anotadas, en materia disciplinaria, el legislador dispuso en el artículo 15 de la Ley 734 de 2002 que «[...] Las autoridades disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de la ley disciplinaria, sin establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...]».

La demandante acusó al titular de la acción disciplinaria de haber vulnerado su derecho a la igualdad de trato ante la ley pues, a su juicio, debió aplicar las

mismas conclusiones a las que llegó en el proceso disciplinario que adelantó en contra el señor Edgar Santiago Marín Gómez, gobernador del departamento del Casanare, por hechos en los que se había contratado con una persona incurso en inhabilidad pero se excluyó la responsabilidad del disciplinado a raíz de lo dispuesto en el artículo 28, numeral 2, de la Ley 734 de 2002. Precisó que su caso también debió resolverse con apoyo en dicha norma ya que si bien se infringió el régimen de inhabilidades, esto se justificó en la consecución de un mayor beneficio como era garantizar la prestación del servicio público de salud a los habitantes de Ipiales.

En aquellos casos en que se pone en juicio la garantía del derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto la aplicación de una herramienta denominada «juicio integrado de igualdad»⁸⁶, que se agota en las siguientes etapas:

[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. [...] ⁸⁷

De acuerdo con lo anterior, para resolver el presente cargo se procederá a hacer uso de dicho método no sin antes advertir que ello no habilita en modo alguno a la Corporación a escrutar de fondo la legalidad del juicio de responsabilidad disciplinaria que adelantó la entidad demandada contra el señor Edgar Santiago Marín Gómez, pues un estudio de esa naturaleza escaparía a la competencia de esta Sala.

El primer asunto que debe analizarse se refiere al carácter relacional del derecho a la igualdad. En otras palabras, determinar si existe igualdad entre una y otra situación fáctica supone la realización de un ejercicio comparativo, a efectos de definir, según el nivel de discrepancia o semejanza, si las cuestiones objeto de análisis son comparables entre sí, es decir, si existe un *tertium comparationis*.

⁸⁶ Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

⁸⁷ Sentencia C-015 de 2014.

Este ejercicio es importante porque de acuerdo con lo que se concluya en él, debe seguirse uno de los siguientes cuatro mandatos:

[...] (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras [...]⁸⁸

A juicio de esta Sala, entre los casos de los señores Edgar Santiago Marín Gómez y Ana Belén Arteaga Torres no existe un patrón de igualdad que los haga comparables. Es cierto que presentan similitudes pues en ambos casos el juicio de reproche se afina en el quebrantamiento del régimen de inhabilidades propio de la contratación estatal. No obstante lo anterior, esto no es suficiente para aplicar el mandato de trato igualitario como quiera que los puntos en que se asemejan son generales y abstractos, lo que hace que la similitud sea apenas superficial.

Si se tiene en cuenta que la responsabilidad disciplinaria es estrictamente personal e individual, es posible concluir que la amplitud que caracteriza las semejanzas anotadas impide que sirvan de fundamento a una *tertium comparationis*.

Al tenor del artículo 28, numeral 2, *ibidem* «[...] Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta [...] En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado [...]». Como puede observarse, esta causal eximente de responsabilidad disciplinaria supone que, en virtud de las circunstancias en que se presentan los hechos del caso objeto de estudio, el funcionario se vea en la necesidad de desatender un determinado deber en aras de salvaguardar otro de rango constitucional o legal que ostenta mayor relevancia.

La Sala no encuentra mérito en las alegaciones de la señora Ana Belén Arteaga Torres toda vez que en el caso del señor Edgar Santiago Marín Gómez, las

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-015 del 23 de enero de 2014. Expediente D-9737.

pruebas que reposaban en el expediente fueron suficientes para que la autoridad disciplinaria predicara la configuración de la causal de exclusión de responsabilidad antedicha. Por su parte, la prosperidad del argumento de la demandante implicaría sostener que la única forma en que esta pudo haber garantizado la prestación de los servicios de salud que satisfacían los equipos arrendados era infringiendo el régimen de inhabilidades propio de la contratación estatal, cuestión que en su caso no está acreditada pues no se demostró la imposibilidad de la institución hospitalaria para hacerse a aquellos instrumentos mediante el arrendamiento o adquisición con otro contratista.

El hecho de que casos similares sean resueltos en forma diferente no merece ninguna crítica puesto que el derecho a la igualdad de trato ante la ley que le asiste a los disciplinados no alude al sentido de la decisión, como sí a la aplicación de las normas procesales y sustanciales atendiendo a los supuestos de hecho que determinaran cada caso individualmente considerado. En ese orden de ideas, no ofrece duda que, al encontrar que las situaciones fácticas de los disciplinarios diferían entre sí, la entidad sancionadora se encontraba facultada para fallar de manera disímil.

Así las cosas, la ausencia de un patrón de igualdad que permita la comparación de uno y otro caso, torna improcedente el agotamiento de los siguientes pasos del juicio integral.

En conclusión, la entidad demandada no vulneró el derecho a la igualdad de la señora Ana Belén Arteaga Torres al abstenerse de exonerarla de responsabilidad con fundamento en el artículo 28, numeral 2, de la Ley 734 de 2002, como lo hizo en el caso del señor Edgar Santiago Marín Gómez, gobernador del departamento del Casanare.

DECISIÓN

Conforme a lo expuesto, se procederá a resolver negativamente las pretensiones de la demanda.

No hay lugar a condenar en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA, vigente para este

proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

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

FALLA

Primero: Deniéguense las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Ana Belén Arteaga Torres en contra de la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Relatoría: AJSD/Dcsg/Lmr.