

DESTITUCION POR CONSTITUCION TARDIA DE LA GARANTIA UNICA DE CONTRATO – Procedencia / GARANTIA UNICA DE CONTRATO – Aprobación. Competencia / DESTITUCION POR CERTIFICACION SATISFACTORIA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO – Procedencia

Con la actuación referida la demandante desatendió las obligaciones contenidas en el contrato 038 de 8 de abril de 1999, concretamente la de la Cláusula Décima Tercera, en que las partes acordaron que el contratista debía constituir una garantía única a favor del Departamento, que cubriera todas las obligaciones contractuales y cuya aprobación le correspondía al Gobernador del Departamento y no a la demandante en su condición de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar. Con su proceder también contrarió las normas legales precitadas, en cuanto para el perfeccionamiento del contrato se exigía la aprobación de la garantía única (art. 41.L. 80/93), cuya vigencia abarcaba toda la duración y se extendía hasta la liquidación del convenio (art. 25, num. 19, L. 80/93), nada de lo cual ocurrió en el sub-lite, pues desde que se firmó el contrato 038 (8.4/99) y hasta cuando se aprobó la póliza (17-11/99) transcurrió un lapso en el cual no se garantizó el cumplimiento de las obligaciones surgidas del convenio varias veces referido a cargo del contratista y frente al Departamento del Cesar y tampoco se amparó riesgo alguno; tal omisión no podía subsanarse con una petición tardía de la accionante, para que el contratista constituyera una póliza cuya vigencia debía iniciar en forma retroactiva desde la fecha de suscripción del contrato, cuando para el momento en que se expidió, 17 de noviembre de 1999, no existía una contingencia asegurable, porque cualquier riesgo habría afectado los intereses de la Entidad Departamental referida. El fallo en cuestión también destaca que aun cuando el 17 de noviembre de 1999 la demandante expidió una certificación, en el sentido de que el referido convenio se encontraba en estado de *'satisfactoria ejecución'*, aparece demostrado que el contratista no había cumplido la totalidad de las obligaciones contenidas en la Cláusula Primera del mismo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 4 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 25 NUMERAL 19

PROCESO DISCIPLINARIO – Sanción a título de dolo o culpa / PROCESO DISCIPLINARIO – Responsabilidad objetiva. Improcedencia

El artículo 14 de la Ley 200 de 1995 establecía: *“Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”*; ello quiere decir que quien es investigado disciplinariamente debe tener conciencia de la conducta típica que, como en este caso, le ocasionó perjuicio al Departamento del Cesar y resultaría inverosímil pretender que la señora Carmen Magalis Castro, en su condición de abogada y desempeñándose como Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de esa entidad territorial, carecía de capacidad para entender la irregularidad de sus actuaciones, por las que se le corrieron cargos y fue sancionada disciplinariamente y en la medida en que no demostró que no pretendía producir el perjuicio referido, era el caso concluir que con su conducta negligente infringió las normas citadas en el cuerpo de esta providencia.

FUENTE FORMAL: LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 14

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS – No se exime por orden de superior. Principio de responsabilidad / CELEBRACION DE CONTRATO CON OBJETO INEXISTENTE – Conducta dolosa /

DESTITUCION POR INCREMENTO PATRIMONIAL PARA UN TERCERO – Procedencia

Resulta claro que entre la fecha de suscripción del contrato 132 (17.12/99) y la de su liquidación por parte de la demandante (4.1/00), el contratista no realizó gestión alguna y pese a ello la actora, quien también actuaba como Interventora del citado convenio, certificó que el abogado Amadeo Tamayo había cumplido con el objeto del contrato 132 de 1999, por lo cual se le canceló una suma cercana a los setenta millones de pesos (\$70.000.000) y así entonces, lejos de beneficiar al Departamento del Cesar como equivocadamente sostiene el apoderado de la demandante, se le causó un incuestionable detrimento patrimonial a ese ente territorial, que, contra lo que sostiene esa misma parte, no se encontraba en situación de premura, que hiciera imperativa la contratación de un abogado que lo representara en el Centro de Arbitraje, pues no existía proceso alguno, en tanto el Tribunal de Arbitramento había cesado en sus funciones. El proceder irregular de la demandante, en relación con el contrato 132 de 17 de diciembre de 1999, es evidentemente doloso, en la medida en que, dada su condición de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar y su formación profesional en derecho, contando con plena capacidad de determinación dispuso el trámite y elaboración de un contrato cuyo objeto era inexistente y aun así suscribió la respectiva Acta de Liquidación en su calidad de Interventora, lo cual trajo como consecuencia la cancelación de honorarios a un abogado, que bien sabía que, *“por sustracción de materia”* no podía realizar actuación alguna en desarrollo de un objeto contractual inexistente, entre el término de suscripción y de liquidación del convenio. Frente a lo dicho, resulta peregrina la afirmación del apoderado de la parte demandante, consistente en que, al mediar solicitud del Gobernador, la señora Carmen Magalis Castro no tenía otra opción que acatarla y elaborar el contrato, por cuanto no se trataba del cumplimiento de un deber legal sino funcional, pues admitir tal argumento equivale a sostener que los servidores públicos están eximidos de responsabilidad cuando quiera que obran en cumplimiento de una orden superior, sin importar si, como ocurrió en este caso, realizan actuaciones que, entre otras cosas, comprometieron el patrimonio del Departamento del Cesar; la tesis de la parte demandante contraría el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política, en cuanto prevé que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución Política y las leyes de la República y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El artículo 25 de la Ley 200 de 1995 enlistaba las faltas gravísimas que suponían, entre otras conductas, el incumplimiento de deberes y la violación de prohibiciones; entre las referidas faltas gravísimas contempló en el numeral 4 cuando *“... El servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial”*, pues con la conducta descrita en el segundo cargo la demandante permitió que al contratista Amadeo Tamayo Morón se le cancelaran unas sumas de dinero, por el cumplimiento de un Contrato de Prestación de Servicios cuyo objeto, tal como quedó demostrado, era inexistente y en relación con el cual no era posible, como evidentemente ocurrió, desarrollar actividad alguna por parte del contratista y la consecuencia de de tal falta gravísima no podía ser otra que la sanción más drástica, vale decir destitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 6 / LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 25

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00078-00(3241-05)

Actor: CARMEN MAGALIS CASTRO DE FERNANDEZ DE CASTRO

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la señora Carmen Magalis Castro de Fernández de Castro demandó a la Procuraduría General de la Nación, en orden a obtener la nulidad del acto administrativo complejo, integrado por el fallo disciplinario de primera instancia de 21 de enero de 2003, de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal y por el fallo de segunda instancia de 26 de febrero de 2004, emitido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

Mediante los fallos disciplinarios cuya nulidad se demanda, se sancionó a la señora Carmen Magalis Castro de Fernández de Castro, con destitución del cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar y se le inhabilitó para ejercer funciones públicas por el término de tres (3) años.

A título de restablecimiento del derecho solicitó: se comunique a la Gobernación del Cesar, para que tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 200 de 1995 o normas que la subroguen y se excluya la sanción inscrita en su Hoja de Vida y se comunique a la Procuraduría General de la Nación – División de Registro y Control, a efecto de que se excluya del registro la sanción impuesta a la señora Castro de Fernández.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se resumen así:

Por auto de 25 de julio de 2001, la Procuraduría General de la Nación decretó apertura formal de investigación disciplinaria contra Carmen Magalis Castro de Fernández de Castro, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar y por auto de 1 de abril de 2002, la Asesora del Despacho del Procurador General de la Nación le formuló Pliego de Cargos por: *i) “aprobar, el 17 de noviembre de 1999, en forma por demás extemporánea, la póliza de cumplimiento del contrato N° 038 del 8 de abril de 1999, no exigió al contratista AMADEO TAMAYO MORÓN el amparo del riesgo por el buen manejo del anticipo; igualmente certificó, mediante oficio de fecha 17 de noviembre de 1999 que el contrato N° 038 se encontraba en estado de satisfactoria ejecución, cuando el contratista no había cumplido la totalidad de las obligaciones contenidas en la cláusula primera del mismo, con lo cual incumplió sus obligaciones y contribuyó a causarle un detrimento patrimonial injustificado al Departamento del Cesar”* y porque *ii) “tramitó el 17 de diciembre de 1999 el contrato de prestación de servicios N° 132 de la fecha, celebrado por el Gobernador del Departamento con AMADEO TAMAYO, por un valor de setenta millones de pesos, para representarlo en calidad de apoderado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sin observar que el contrato carecía de objeto y causa lícitos, al no requerirse la contratación, pues el Tribunal había cesado en sus funciones sin llegar a instalarse y sin certificar la necesidad de la contratación, ni exigir que el contratista cumpliera con los requisitos de idoneidad profesional de que trata el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993, ni con la presentación del formato único de la hoja de vida de que trata el artículo primero de la ley 190 de 1995, conducta con la cual contribuyó a causarle un detrimento patrimonial al Departamento a favor del contratista”*.

El 21 de enero de 2003, la Procuraduría Segunda Delegada para Contratación Estatal profirió decisión de primera instancia y le impuso a Carmen Magalis Castro de Fernández la sanción destitución del cargo como Jefe de la Oficina Asesora de

Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Cesar, e inhabilidad para ejercer funciones públicas, con base en el cargo número dos del pliego; dicho fallo fue recurrido y confirmado por la Sala Disciplinaria, mediante providencia de 26 de febrero de 2004.

Resulta paradójico que no se investigara disciplinariamente al Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar, ni a los funcionarios correspondientes, por no exigir la póliza de cumplimiento luego de celebrado y para la ejecución del contrato y se sancione a la actora quien la exigió aun cuando extemporáneamente, lo cual demuestra la predisposición personal y el sentimiento del operador disciplinario hacia la demandante.

Si se atiende a las Cláusulas Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta, en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales N° 038 de 8 de abril de 1999, no se pactó anticipo, razón por la cual no se exigió que el contratista prestara garantía por ese concepto y frente a la póliza N° 0210479659 de 17 de noviembre de 1999, la demandante no podía verificar el amparo por anticipo, aun cuando de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto N° 679 de 1994, toda póliza de cumplimiento comprende el riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado y basta examinar la póliza y sus anexos para verificar que el amparo señalado estaba cubierto y que su vigencia abarcaba entre el 8 de abril de 1999 y el 8 de abril de 2000.

Decir que el proceder de la accionante fue negligente es injusto y jurídicamente inicuo, porque al revisar la actuación administrativa y constatar que no aparecía el original de la póliza, en cumplimiento de su deber requirió al contratista para que la aportara, lo cual refleja diligencia y cuidado, que no negligencia, porque la finalidad era proteger los intereses del Departamento que los anteriores funcionarios habían dejado expósitos.

Sostiene que en el sub-lite se llega a la convicción de responsabilidad disciplinaria, no por verdad forense sino por principio de autoridad y peligrosamente hace carrera la tesis consistente en que la falta disciplinaria es eminentemente objetiva, es decir solamente típica y no vale argüir ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad, porque la conducta objetivamente siempre será típicamente antijurídica culpable.

En relación con el segundo cargo señala que, en su condición de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de la Gobernación, a solicitud del

Gobernador, el 17 de diciembre de 1999 elaboró el Contrato de Prestación de Servicios N° 132, con el doctor Amadeo Tamayo, por valor de setenta millones (\$70'000.000), de los cuales se le pagaría el 50% por anticipo y el resto al finalizar el proceso; el objeto del convenio era representar al Departamento del Cesar en la causa que cursaba en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, instaurada por Transgranos.

Al margen de si la actora en su experiencia profesional conoció o debía conocer el denominado Formato de Hoja de Vida (art. 1º L. 190/95), es que el acopio y conservación de esos documentos para los aspirantes a ocupar un cargo público, o celebrar un contrato de prestación de servicios con la Administración, le corresponde a la Unidad de Personal de la respectiva Entidad, razón por la cual la Procuraduría manipuló los argumentos cuando sostuvo: “... *no se encontró una sola actuación que indicara la remisión a dicha dependencia de los contratos para el cumplimiento de los requisitos de que trata la Ley 190 de 1995 ...*”, ello indica que no era del resorte funcional de la demandante, reclutar ni reclamar Hojas de Vida; en consecuencia, el argumento de incriminación disciplinaria es impertinente.

El apoderado de la accionante no admitió que la señora de Fernández de Castro hubiese elaborado el Contrato 132, pues lo que en realidad señaló es que fue la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar quien lo hizo y según el Manual de Funciones previsto en el Decreto 00137 de 8 de noviembre de 1996, quien tiene ese deber, es el Asesor Grado 3 de la Oficina Jurídica.

Conforme al artículo 39 de la Ley 80 de 1993, solo los contratos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad, son respecto de los cuales deben pregonarse las denominadas solemnidades *ab substantiam actus*, cosa distinta es que los contratos estatales deban constar por escrito, que se expresa como solemnidad *ab probatione actus*, configurando un concepto meramente subjetivo y carente de objetividad del operador disciplinario al momento de fallar, violando así el debido proceso consagrado en la Constitución Política.

En materia contractual el hecho cumplido debe reconocerse judicial o extrajudicialmente y es claro que en desarrollo de la dinámica de las pautas, consejos y conceptos orales para la elaboración del contrato, la demandante lo advirtió y por tal razón tuvo que acudir a que el Gobernador solicitara por escrito la

elaboración del contrato y proceder a impartir a un asesor la orden correspondiente conforme a las orientaciones del Gobernador y no en cumplimiento de un deber legal sino de un deber funcional.

Era necesario suscribir el contrato 132 de 1999, el cual representó beneficios para el Departamento, aserto que se demuestra con las providencias proferidas por el Fiscal General de la Nación, en las previas seguidas contra Lucas Segundo Gnecco Cerchar, ex Gobernador del Cesar, por la suscripción de los Contratos 038 y 132 de 1999.

El acto de contratar al doctor Tamayo resultó de la decisión adoptada bajo la presión a que se estaba sometido, dada la premura con que se requería que el Departamento asistiera al Centro de Arbitraje a defender sus intereses patrimoniales, comprometidos por elevadas sumas.

No se encuentra acreditado el dolo, pues si bien es cierto los móviles de la conducta no pueden confundirse con el dolo, no lo es menos que ellos son los mejores indicadores de éste, en consecuencia resulta incontrovertible que la celebración verbal del contrato y su posterior legalización no estuvo acompañada del propósito de infringir la ley contractual ni defraudar los intereses del Departamento.

En el caso del contrato 132 de 1999, sobre el pago de honorarios por una gestión atendida fuera del marco contractual, no solo se justificó en la medida en que hubo una tarea de representación judicial, atendida por el abogado Tamayo Morón y el monto de los honorarios no es excesivo en razón de la elevada reclamación de la demandante.

Considera que, como juicio valorativo de culpabilidad, es demasiado contraído sostener que la demandante actuó con conocimiento de causa y considera que la calificación de gravísima no corresponde al caso de la actora, porque en la clasificación de faltas de esa naturaleza, no se enlista una que se adecue a la conducta desplegada por la inculpada (art. 25 L. 200/95).

NORMAS VIOLADAS

La demandante considera que los actos impugnados infringen las disposiciones seguidamente relacionadas, cuyo concepto de violación se resume así:

Artículo 29 de la Constitución Política. En este caso estamos ante la aplicación subjetiva de la ley por parte del operador disciplinario, puesto que impuso su criterio por encima de los hechos y la prueba aportada, propiciando con ello una violación flagrante al debido proceso.

Artículos 141 y 142 de la Ley 734 de 2002. En los procesos disciplinarios las pruebas se aprecian en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la sanción solo procede cuando existe una prueba que conduzca a la certeza de la falta y de la responsabilidad; si se observa con detenimiento el expediente disciplinario, se destaca que en lo referente a las pruebas nunca se demostró la obligación funcional de parte de la señora Carmen Magalis Castro, para advertir al Gobernador lo inconveniente de firmar el contrato 132-99 y mucho menos que ella lo hubiese elaborado; así entonces, al aplicar la sanción solo se tuvo en cuenta el criterio subjetivo del operador disciplinario y no el Manual de Funciones que regía su actividad como Jefe de la Oficina Jurídica del Cesar.

Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Los actos demandados tienen apoyo en elucubraciones que no se ajustan con bases ciertas a lo realmente acontecido, configurándose la denominada motivación arbitraria, lo cual conduce a la nulidad de los actos demandados y al restablecimiento del derecho reclamado, en términos del artículo 85 ibídem.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación dio contestación a la demanda (fls. 230-242), con los argumentos que se resumen así:

Después de referirse a los antecedentes del proceso y a los fundamentos de los fallos acusados, concluyó que la investigación disciplinaria adelantada contra la actora se surtió agotando las etapas propias del juicio; los cargos que le formularon fueron debidamente probados dentro de la investigación y los descargos y recursos interpuestos se consideraron y analizaron suficientemente y así mismo las pruebas allegadas fueron apreciadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En la investigación no aparece vicio de fondo ni de forma, razón por la cual la demandante no los alega y toda la investigación se adelantó siguiendo los

lineamientos establecidos en la Ley 200 de 1995; en consecuencia las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

Ha sido reiterada la jurisprudencia sobre la independencia y autonomía de las acciones disciplinaria y penal, toda vez que la segunda investiga la posible comisión de delitos y la primera de faltas disciplinarias, aun cuando eventualmente basen sus investigaciones en los mismos hechos, no es forzoso que produzcan los mismos resultados, en tanto puede ocurrir que la conducta investigada constituya delito pero no falta disciplinaria y viceversa, razón por la cual el hecho de que haya precluido la investigación penal no influye en la disciplinaria. Sobre el particular tanto la Ley 200 de 1995 (art. 2º, inc. 2º), como la 734 de 2000 (art. Art. 2º), consagran la diferencia entre las acciones referidas, aspecto sobre el cual también se ha pronunciado la Corte Constitucional.

ALEGATOS DE LAS PARTES

Los de la demandante obran a folios 266 a 281 y los de la demandada a folios 282 a 284 y en ambos casos constituyen reiteraciones de los argumentos previamente expuestos, en la demanda en el primer caso y en la contestación en el segundo.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó negar las pretensiones de la demanda (fls. 285- 291 vto.), por las siguientes razones:

La demandante avaló una póliza mucho tiempo después de celebrado el contrato 038, pues este se suscribió el 8 de abril de 1999 y la póliza se expidió, a solicitud del contratista, el 17 de noviembre del mismo año, a pesar de que la Cláusula Décima Tercera impuso como obligación constituir una garantía única a favor del Departamento, que cubriera todas las obligaciones contractuales una vez se firmara el contrato; por tanto el cumplimiento del objeto contratado quedó sin ningún amparo jurídico durante el período comprendido entre el mes de abril y el 19 de noviembre de 1999 y si bien la demandante no participó en el trámite para la celebración del contrato, una vez se enteró de la omisión del contratista, debió adoptar las medidas correspondientes y no aceptar la constitución de una póliza extemporánea, con lo cual desconoció el artículo 41, inciso 2º, de la Ley 80 de 1993, que exige la garantía para todo el tiempo de vida del contrato y que se entiende inicia a partir de su perfeccionamiento.

Respecto del mismo contrato, señaló que el ente fiscalizador cuestionó a la accionante por certificar el cumplimiento del objeto del contrato a pesar de que no fue así; no obstante se evidenció que dentro de las actuaciones adelantadas por el contratista se encuentra un reclamo al Liquidador de la Electrificadora del Cesar, en una fecha en la que no se había suscrito el convenio, el 25 de marzo de 1999, pues este se celebró el 8 de abril de 1999, lo cual demuestra que esa reclamación no fue producto de la ejecución contractual; a ello se suma que la reclamación no se resolvió a favor del Departamento del Cesar, porque los dineros que se buscaban ya habían sido reconocidos, en consecuencia su obtención no derivó de la ejecución del contrato y en esa medida mal podría la demandante certificar la ejecución de un convenio que suscribió con posterioridad.

Es evidente que la actora actuó a título de culpa, porque no tuvo la diligencia y el cuidado para revisar y analizar lo concerniente al contrato N° 38, v. gr. alcance del objeto, ejecución y formalidades que la Ley 80 de 1983 exige para garantizar su cumplimiento.

Respecto del contrato N° 132 de 1999, la encartada tramitó un proceso contractual que no se necesitaba y que culminó con la suscripción de un Contrato de Prestación de Servicios con el señor Amadeo Tamayo Morón, por setenta millones (\$70.000.000) de pesos que no se ejecutó, suma que le fue cancelada al contratista, sin que sea de recibo la explicación de la demandante, consistente en que se tramitó la contratación atendiendo la orden que impartió el Gobernador, porque como Jefe Jurídica estaba en la obligación de revisar los antecedentes contractuales, la conveniencia y hacerle ver al Representante Legal que no era posible celebrar contrato.

Concluyó que el hecho referido encuadra dentro del artículo 25, numeral 4°, de la Ley 200 de 1995, pues permitió el incremento patrimonial injustificado del apoderado que se contrató.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si los fallos disciplinarios cuya nulidad se demanda en el sub-lite son violatorios de las normas constitucionales y legales citadas en la demanda, porque fueron falsamente motivados, se expidieron de forma irregular y el operador disciplinario sancionó a la actora con criterio subjetivo, al desconocer los hechos y las pruebas aportadas al proceso.

LOS ACTOS DEMANDADOS

- a)** Fallo de 21 de enero de 2003, emanado de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, mediante el cual se sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de tres (3) años, a la señora Carmen Magaly (sic) Castro de Fernández de Castro, en su calidad de Jefe Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento de Cesar (fls. 4-40).

- b)** Fallo de 26 de febrero de 2004, emitido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se resolvió un recurso de apelación y se confirmó el fallo de 21 de enero de 2003, en cuanto a la señora Carmen Magalys (sic) Castro de Fernández de Castro (fls. 41-91).

LO PROBADO EN EL PROCESO

Mediante el Decreto N° 0000137 de 8 de noviembre de 1988, se expidió el Manual Específico de Funciones y Requisitos de la Gobernación del Departamento del Cesar y en el aparte correspondiente se describen las funciones y se resume el cargo de Jefe de Oficina Jurídica (fls. 247-250).

El 23 de agosto de 2002, la Procuradora Segunda Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal informa al Fiscal General de la Nación sobre la necesidad de disponer apertura de investigación penal contra el ex Gobernador del Cesar Lucas Segundo Gnecco Cerchar y Álvaro Cuello Planchar, ex Gobernador de la Guajira (fls. 105-107).

Mediante providencia de 2 de septiembre de 2002, el Fiscal General de la Nación resolvió inhibirse de iniciar proceso penal contra el señor Lucas Segundo Gnecco Cerchar, Ex Gobernador del Departamento del Cesar, por atipicidad de las conductas referidas a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos 038

de 9 de abril de 1999 y 132 de 17 de diciembre del mismo año; en la misma providencia se negó la solicitud formulada por la Representante del Ministerio Público, en el sentido de vincular al ex Gobernador de La Guajira Álvaro Cuello Blanchar (fls. 108-137).

Contra la decisión de 2 de septiembre de 2002, el Agente del Ministerio Público interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por el Fiscal General de la Nación mediante providencia de 30 de octubre de 2002, que confirmó el proveído recurrido (fls. 137-158).

ANÁLISIS DE LA SALA

Al revisar el segundo de los fallos disciplinarios demandados se observa que, en relación con la señora Carmen Magalis Castro de Fernández de Castro, en su condición de Jefe Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar, entre el 24 de junio de 1999 y el 7 de septiembre de 2000, se formularon dos cargos así (fls. 78 y 84).

“4.4.3.1. Cargo primero:

“... Al aprobar, el 17 de noviembre de 1999, en forma por demás extemporánea, la póliza de cumplimiento del contrato N° 038 del 8 de abril de 1999, no exigió al contratista, Amadeo Tamayo Morón, el amparo del riesgo por el buen manejo del anticipo; igualmente certificó, mediante oficio de fecha 17 de noviembre de 1999, que el contrato N° 038 se encontraba en estado de ‘satisfactoria ejecución’, cuando el contratista no había cumplido la totalidad de las obligaciones contenidas en la cláusula primera del mismo, con lo cual incumplió sus obligaciones y contribuyó a causarle un detrimento patrimonial injustificado al departamento del Cesar.”

“4.4.3.2. Segundo Cargo

“... Tramitó el 17 de diciembre de 1999, el contrato de prestación de servicios N° 132 de la fecha, celebrado por el Gobernador del Departamento con el Dr. AMADEO TAMAYO, por un valor de \$70'000.000,00 para representarlo en calidad de apoderado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sin observar que el contrato carecía de objeto y causa lícitos, al no requerirse la contratación pues el Tribunal había cesado en sus funciones sin llegar a instalarse, y sin certificar la necesidad de la contratación, ni exigir que el contratista cumpliera con los requisitos de idoneidad profesional de que trata el artículo 32 numeral 3 de la”

Ley 80 de 1993, ni con la presentación del formato único de hoja de vida de que trata el artículo 1 de la Ley 190 de 1995, conducta con la cual contribuyó a causarle un detrimento patrimonial al Departamento a favor del Contratista”.

1. PRIMER CARGO.

En cuanto hace al primer cargo, el apoderado de la demandante destaca el aparte del fallo proferido por el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal (fl. 34), en el que se manifiesta estar probado que, a la fecha de la solicitud, 10 de noviembre de 1999, el contratista no había constituido la póliza que amparaba el cumplimiento del contrato 038 celebrado el 8 de abril del mismo año y encuentra paradójico el hecho de que no se investigara disciplinariamente al Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar, ni a los funcionarios que fungían al momento de suscribir el convenio, por no exigir la póliza de cumplimiento luego de celebrado y para la ejecución del contrato y se sancione a la actora quien la exigió aun cuando extemporáneamente, lo cual, a su juicio, demuestra la predisposición personal y el sentimiento subjetivo del operador disciplinario hacia la demandante y la diligencia y el cuidado por parte de ésta.

Agrega que el acto de aprobación de la póliza es una exigencia normativa que se hace luego de celebrado o perfeccionado el contrato y para la ejecución del mismo.

En relación con la primera parte del argumento expuesto por el apoderado de la accionante, es necesario aclarar que el primero de los cargos formulados y la consiguiente sanción no tuvo como causa el hecho de **exigir** sino de **aprobar** extemporáneamente la póliza de cumplimiento del Contrato N° 038 de 1999 y en cuanto a la afirmación consistente en que no se investigó a otros funcionarios por no exigir la referida garantía, no pasa de ser una apreciación particular de la parte accionante, pues no solo carece de respaldo probatorio, sino que mediante los fallos cuestionados además de sancionar a la señora Carmen Magalis Castro de Fernández, en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento del Cesar, también se sancionó al Gobernador y al Secretario de Hacienda del Departamento del Cesar, por las irregularidades cometidas en la suscripción del Contrato de Prestación de Servicios N° 38 de 18 de abril de 1999.

En este caso y según da cuenta el segundo de los fallos impugnados, (fl. 79), en el proceso disciplinario se demostró que en la Cláusula Décima Tercera del Contrato N° 038 de 8 de abril de 1999, las partes acordaron que el contratista debía constituir una garantía única a favor del Departamento, que cubriera todas las obligaciones contractuales en los términos del artículo 25, numeral 19, de la ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos 16 y 17 del Decreto N° 679 de 1994, por valor del quince por ciento (15%) del monto total del contrato y que la póliza respectiva **debía ser aprobada por el Gobernador del Departamento** en cumplimiento del artículo 18 ibídem.

En lo pertinente, el citado artículo 25, numeral 19¹ de la Ley 80 de 1993 establecía que, en virtud del principio de la economía, el contratista prestaría garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendría vigente durante su vida y liquidación y se ajustaría a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado y que las garantías consistirían en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

Por su parte, el artículo 16² del Decreto N° 679 de 1994, establecía que el objeto de la garantía única a que se refería el artículo 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993, **era respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surgían a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales**, por razón de la **celebración, ejecución** y liquidación de contratos estatales; que por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato debía cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía.

El artículo 17³ del Decreto N° 679 de 1994 señalaba los riesgos que debía cobijar la garantía, que correspondieran a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, v. gr. de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado; de cumplimiento del contrato, etc. La misma norma señalaba las reglas para evaluar la suficiencia de las garantías.

¹ Numeral derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

² Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008

³ Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008

En cuanto a la aprobación de la garantía única, el artículo 18⁴ del Decreto N° 679 de 1994 disponía que la entidad estatal contratante sólo aprobaría la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, amparara el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en ese Decreto.

En relación con la garantía única y al referirse al perfeccionamiento del contrato, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, indicaba que para la ejecución se requería la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se tratara de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

El segundo de los fallos demandados da cuenta que el 10 de noviembre de 1999, la demandante le solicitó al contratista allegara a la mayor brevedad, una póliza original suscrita por la Compañía de Seguros La Previsora, **cuya vigencia iniciara en forma retroactiva** desde la fecha del contrato (8 de abril de 1999), ante lo cual, el 17 de noviembre de 1999, el contratista remitió a la Oficina de Asuntos Jurídicos la póliza requerida y solicitó impartirle aprobación al programa de trabajo remitido al Gobernador desde el 19 de abril; el mismo 17 de noviembre la Aseguradora expidió la póliza N° 0210479659 a favor del Departamento del Cesar, amparando el cumplimiento de la ejecución del Contrato de Asesoría N° 038 de 1999, desde el 8 de abril del mismo año hasta el 8 de abril de 2000, garantía que fue aprobada en la misma data de su expedición por la Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento, quien expidió una certificación manifestando que a la fecha el contrato se encontraba en estado de satisfactoria ejecución (fl. 79).

Con la actuación referida la demandante desatendió las obligaciones contenidas en el contrato 038 de 8 de abril de 1999, concretamente la de la Cláusula Décima Tercera, en que las partes acordaron que el contratista debía constituir una garantía única a favor del Departamento, que cubriera todas las obligaciones contractuales y cuya aprobación le correspondía al Gobernador del Departamento y no a la demandante en su condición de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar.

⁴ Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008

Con su proceder también contrarió las normas legales precitadas, en cuanto para el perfeccionamiento del contrato se exigía la aprobación de la garantía única (art. 41.L. 80/93), cuya vigencia abarcaba toda la duración y se extendía hasta la liquidación del convenio (art. 25, num. 19, L. 80/93), nada de lo cual ocurrió en el sub-lite, pues desde que se firmó el contrato 038 (8.4/99) y hasta cuando se aprobó la póliza (17-11/99) transcurrió un lapso en el cual no se garantizó el cumplimiento de las obligaciones surgidas del convenio varias veces referido a cargo del contratista y frente al Departamento del Cesar y tampoco se amparó riesgo alguno; tal omisión no podía subsanarse con una petición tardía de la accionante, para que el contratista constituyera una póliza cuya vigencia debía iniciar en forma retroactiva desde la fecha de suscripción del contrato, cuando para el momento en que se expidió, 17 de noviembre de 1999, no existía una contingencia asegurable, porque cualquier riesgo habría afectado los intereses de la Entidad Departamental referida.

El fallo en cuestión también destaca que aun cuando el 17 de noviembre de 1999 la demandante expidió una certificación, en el sentido de que el referido convenio se encontraba en estado de *'satisfactoria ejecución'*, aparece demostrado que el contratista no había cumplido la totalidad de las obligaciones contenidas en la Cláusula Primera del mismo.

La parte accionante sostiene que si se atiende a las Cláusulas Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta, en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales 038 de 8 de abril de 1999 no se pactó anticipo, razón por la cual no se exigió que el contratista prestara garantía por ese concepto y frente a la póliza N° 0210479659 de 17 de noviembre de 1999, la demandante no podía verificar el amparo por anticipo, aun cuando de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, toda póliza de cumplimiento comprende el riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado y basta examinar la póliza y sus anexos para verificar que el amparo señalado estaba cubierto y que su vigencia abarcaba entre el 8 de abril de 1999 y el 8 de abril de 2000.

Respecto de la primera parte del argumento cabe anotar que en el expediente no obra copia del contrato 038 de 1999, que le permitiera a la Sala considerar las Cláusulas citadas por la parte accionante; sin embargo el segundo de los fallos

acusados advirtió que las partes no pactaron entrega de anticipo, sino que el Departamento se comprometió a pagar al contratista el valor de los honorarios pactados en la Cláusula Tercera y concluyó: “... descartándose de esta manera que en el contrato se hubiere pactado la entrega del anticipo o el pago anticipado del contrato **como para que la disciplinada tuviera que exigir al contratista la constitución de la póliza que amparara el buen manejo e inversión del mismo**” (Subrayas y negrillas fuera del texto) (fl. 80).

A lo expuesto, se suma el hecho de que la misma providencia da cuenta que, pese a existir el compromiso de pagar al contratista el valor de los honorarios pactados, se le reconoció y ordenó cancelar a su nombre, Amadeo Tamayo Morón, la suma de diez millones de pesos (\$10'000.000), describiéndose irregularmente el gasto como pago por concepto de anticipo, cuando correspondía al gasto de ejecución del contrato a cargo de la Administración Departamental y por tal hecho se ordenó compulsar las copias pertinentes para adelantar la respectiva investigación disciplinaria, al ordenador del pago y al Interventor del contrato, quien era el Secretario de Hacienda.

En opinión del libelista, en el sub-lite se llega a la convicción de responsabilidad disciplinaria, no por verdad forense sino por principio de autoridad y peligrosamente hace carrera la tesis consistente en que la falta disciplinaria es eminentemente objetiva, es decir solamente típica y no vale argüir ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad, porque la conducta objetivamente siempre será típicamente antijurídica culpable.

Los fallos impugnados calificaron a título de culpa las faltas disciplinarias referidas en el primer cargo (fls. 34 y 84), en virtud de la negligencia de la demandante, al no observar “*el deber objetivo de cuidado*”, en la aprobación extemporánea, el 17 de noviembre de 1999, de la garantía única de cumplimiento expedida por la Compañía de Seguros La Previsora, sin tener en cuenta que el contrato se venía ejecutando con anterioridad a su ingreso a la Administración Departamental del Cesar, el 24 de junio de 1999, cuando aquél era un requisito previo al inicio de su ejecución, ante lo cual debió abstenerse de impartir aprobación; también se consideró que hubo negligencia al omitir evaluar los antecedentes del citado contrato, a efecto de establecer su estado de ejecución y con base en ello expedir la certificación sobre su cumplimiento, para evitar que se le reconocieran dineros al contratista, por actuaciones que no habían sido el resultado de las gestiones

cumplidas en virtud del acuerdo de voluntades, contribuyendo a causarle un detrimento patrimonial al Departamento del Cesar.

Por los dos eventos referidos se determinó y se mantuvo la calificación de faltas graves, en atención a la jerarquía de la disciplinada (art. 27, num. 6, L. 200 de 1995) (fls. 34 y 84).

El artículo 14 de la Ley 200 de 1995 establecía: “**Culpabilidad.** *En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa*”; ello quiere decir que quien es investigado disciplinariamente debe tener conciencia de la conducta típica que, como en este caso, le ocasionó perjuicio al Departamento del Cesar y resultaría inverosímil pretender que la señora Carmen Magalis Castro, en su condición de abogada y desempeñándose como Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de esa entidad territorial, carecía de capacidad para entender la irregularidad de sus actuaciones, por las que se le corrieron cargos y fue sancionada disciplinariamente y en la medida en que no demostró que no pretendía producir el perjuicio referido, era el caso concluir que con su conducta negligente infringió las normas citadas en el cuerpo de esta providencia.

En este orden de ideas, resulta obvio que tampoco es suficiente como cree la parte accionante, argüir ausencia de antijuridicidad, sino que en el sub-lite era necesario probar que la demandante no estaba en capacidad de comprender lo irregular de su proceder, lo cual no aconteció, pues, como quedó demostrado, para la imposición de la sanción no solo se tuvo en cuenta la consecuencia de sus actos, sino otros aspectos, principalmente su negligencia y falta de cuidado, que contradice la diligencia y responsabilidad que debe asistir a todo servidor público en el desempeño de sus funciones, lo cual descarta de plano la aseveración del libelista, en el sentido de que la falta disciplinaria siempre es objetiva.

Corolario de lo expuesto es que, en relación con la actuación referida al contrato 038 de 1999, la señora Carmen Magalis Castro de Fernández de Castro, desatendió las funciones que, como Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos, le imponía el Manual de Funciones del Departamento del Cesar y así mismo las normas que regían la contratación estatal, lo cual apareja la sanción disciplinaria impuesta en los fallos demandados.

2. SEGUNDO CARGO.

Después de transcribir los fundamentos del fallo respecto del Contrato N° 132 de 17 de diciembre de 1999, la parte actora sostiene que al comparar el pliego de cargos con el fallo de instancia se observa que muchos de los argumentos del primero fueron desechados para la elaboración de la providencia sancionatoria, lo cual, a su juicio, indica la bondad argumental de los planteamientos de descargos, pero que así mismo quedaron rezagos de argumentos de cargos como el del siguiente aparte:

“No puede aceptarse entonces el dicho de la Dra. Castro y menos aun si (sic) afirmación en el sentido que no conocía el formato único de Hoja de Vida, elaborado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, de que trata la Ley 190 de 1995, pues su formación profesional y el cargo que ostentaba en el Departamento le exigían el cumplimiento de las normas que regulan los requisitos para la formación, celebración y ejecución de los contratos”.

En relación con el aparte referido, dice el libelo introductorio que al margen de si en su experiencia profesional la actora conoció o debía conocer el denominado Formato de Hoja de Vida (art. 1º L. 190/95), resulta que el acopio y conservación de esos documentos para los aspirantes a ocupar un cargo público, o celebrar un contrato de prestación de servicios con la Administración, le correspondía a la Unidad de Personal de la respectiva Entidad, razón por la cual la Procuraduría manipuló los argumentos cuando sostuvo: *“... no se encontró una sola actuación que indicara la remisión a dicha dependencia de los contratos para el cumplimiento de los requisitos de que trata la Ley 190 de 1995 ...”*, ello indica, dice el libelista, que no era del resorte funcional de la demandante, reclutar ni reclamar Hojas de Vida; en consecuencia, el argumento de incriminación disciplinaria es impertinente.

El aparte transcrito por el apoderado de la accionante, corresponde al primero de los fallos demandados (fl. 35) y es preciso aclarar que la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, no endilgó a la señora Carmen Magalis Castro haber omitido el acopio y conservación de la Hojas de Vida de los aspirantes a ocupar cargos o empleos públicos, o a celebrar contratos de prestación de servicios con la Administración Departamental, sino su omisión de exigir al contratista la presentación del Formato Único de la Hoja de Vida de que

trata el artículo 1° de la Ley 190 de 1995 (fl. 19) y evidentemente no es admisible que una profesional del derecho, que además se desempeñaba como Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento, adujera que desconocía dicho documento elaborado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, contando además con que en el segundo de los fallos impugnados se destacó que el contratista presentó una Hoja de Vida sin las certificaciones académicas y laborales respectivas y que fue como producto de las visitas especiales practicadas en desarrollo de la investigación disciplinaria, que se allegó el Formato Único de la Hoja de Vida del contratista, sin los documentos que sustentaran la información contenida en él que permitiera su verificación (fls. 88-89).

La parte accionante destaca el siguiente aparte del fallo disciplinario que impugna:

*“El apoderado de la disciplinada en su escrito de descargos acepta que la doctora elaboró el contrato de prestación de servicios N° 132 de 17 de diciembre de 1999, en conocimiento que las actividades a ejecutar por el contratista **AMADEO TAMAYO** se había desarrollado y que se hizo para viabilizar su pago, y en tal razonamiento encuentra lícito que mediante un contrato se legalicen hechos cumplidos. Olvida el citado sujeto procesal que tal actuación está prohibida por la ley, pues la solemnidad del contrato estatal es una solemnidad ad substantiam actus, sin que ello pueda ser desconocido por la doctora Fernández de Castro (sic) sus conocimientos jurídicos y su condición de jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Departamento del Cesar, toda vez que debió advertir tal situación al gobernador y ofrecer otras alternativas para el pago de las gestiones realizadas extra contractualmente”.*

El aparte transcrito se encuentra en el primero de los fallos impugnados (fls. 35-36) y en relación con el mismo, en el libelo introductorio el apoderado de la señora Castro de Fernández no admitió que ella hubiese elaborado el Contrato 132, pues lo que en realidad señaló es que fue la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar quien lo hizo y según el Manual de Funciones previsto en el Decreto 00137 de 8 de noviembre de 1996, quien tenía esa función era el Asesor Grado 3 de la Oficina Jurídica.

El libelista no solicitó ni en el expediente obra prueba de los descargos presentados por el apoderado de la entonces investigada y hoy demandante, razón por la cual no es posible analizar en el sub-lite su afirmación, ni establecer la

incidencia que pudiera tener en la legalidad y validez de los actos demandados y en cuanto hace a la segunda parte del argumento cabe señalar que si bien cierto, de acuerdo con lo establecido en el Manual Específico de Funciones y Requisitos de la Gobernación del Cesar, dentro de las asignadas al Asesor Grado 3 de la Oficina Jurídica, está la de elaborar contratos, convenios, modificaciones, adiciones a los contratos que celebre la Administración Departamental (num. 7), también lo es que la Jefe de la Oficina Jurídica y superior del Asesor, debe ejercer, entre otras, las funciones asignadas por el Gobernador, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo (D. 00137 de 8 de noviembre de 1996).

Sobre el aparte transcrito la parte demandante sostiene que, conforme al artículo 39 de la Ley 80 de 1993, solo los contratos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad, son respecto de los cuales deben pregonarse las denominadas solemnidades *ab substantiam actus* y que es distinto que los contratos estatales deban constar por escrito, que se expresa como solemnidad *ab probatione actus*, configurando un concepto meramente subjetivo y carente de objetividad del operador disciplinario al momento de fallar, violando así el debido proceso consagrado en la Constitución Política.

Cuando la elaboración de un documentos se realiza únicamente para efectos probatorios, se dice que reviste la forma *ad probationem* y cuando la ley lo señala como requisito esencial para la validez del acto, se dice que es exigido *ad substantiam actus*; tal parece que respecto del aparte transcrito, el Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, incurrió en lo que comúnmente se denomina *lapsus calami*, que consiste en cambiar una palabra por otra al momento de escribir, lo cual no altera la esencia del cargo que se analiza y menos implica violación del debido proceso, pues ese hecho por si solo no evidencia que la investigación disciplinaria se adelantara sin acatar las leyes preexistentes, ante funcionario incompetente y sin observar las formas propias de dicho proceso.

Otro de los apartes del primero de los fallos disciplinarios demandados (fl. 36), que destaca la parte accionante dice:

“Toda vez que en conocimiento de que el objeto del contrato no se podía realizar, por carecer como se vio de objeto y causa lícitas, debió abstenerse de elaborarlo y evitar proseguir con el trámite subsiguiente hasta su liquidación. No se admiten por este despacho las explicaciones que el apoderado de la disciplinada ofrece para justificar la conducta de su defendida, en cuanto dice que al mediar la solicitud del Gobernador, no tenía otra opción que acatarla y elaborar el contrato, por cuanto no se trataba del estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal, de que trata el artículo 28 numeral 2 de la Ley 734 de 2002, pues su misma condición le imponía advertir de la irregularidad y del perjuicio que con la celebración del contrato se le causaría al Departamento. Por otra parte olvida que la obediencia debida en las relaciones jurídico-públicas distintas de los militares, no exoneran de responsabilidad al disciplinado si con ella se configura una violación al ordenamiento jurídico como ha ocurrido en el presente caso”.

El apoderado de la accionante sostiene que en desarrollo de la dinámica de las pautas, consejos y conceptos orales para la elaboración del contrato, la demandante hizo una advertencia y por tal razón tuvo que acudir a que el Gobernador solicitara por escrito la elaboración del contrato para proceder a impartirle a un asesor la orden correspondiente, conforme a las orientaciones del Gobernador y no en cumplimiento de un deber legal sino de un deber funcional; que era necesario suscribir el contrato 132 de 1999, que representó beneficios para el Departamento, aserto que se demuestra con las providencias proferidas por el Fiscal General de la Nación, en las previas seguidas contra Lucas Segundo Gnecco Cerchar, por la suscripción de los Contratos 038 y 132 de 1999; finalmente señala que el acto de contratar al doctor Tamayo resultó de la decisión adoptada bajo la presión a que se estaba sometido, dada la premura para que el Departamento asistiera al Centro de Arbitraje a defender sus intereses patrimoniales, comprometidos por elevadas sumas.

En relación con el mismo cargo, el segundo de los fallos cuestionados hizo una relación de las pruebas aportadas así (fls. 85-86).

El 25 de junio de 1999, el apoderado de la firma Transgranos de Colombia Ltda. solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, convocara a un Tribunal de Arbitramento, para que en derecho se declarara la responsabilidad patrimonial del Departamento del Cesar, por incumplimiento del Contrato de Promesa de Constitución de Sociedad y como consecuencia se

condenara al pago de los perjuicios causados; la solicitud fue admitida por auto de 8 de julio de 1999; el 6 de agosto siguiente, actuando como apoderado del Departamento del Cesar, el señor Amadeo Tamayo Morón contestó el traslado de la solicitud de trámite arbitral y anexó poder otorgado; el 22 de octubre de 1999, el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación invita al apoderado del Departamento del Cesar para que asista a la audiencia de instalación del Tribunal a realizarse el 5 de noviembre de esa anualidad y por Acta N° 1 de esta misma data, se dio inicio a esa diligencia con la presencia de los árbitros y los apoderados de las partes; en Acta N° 2 de 23 de noviembre de 1999, el Tribunal de Arbitramento declaró concluidas sus funciones y extinguidos los efectos de la Cláusula Compromisoria, dejando en libertad a las partes para que acudieran a la justicia ordinaria.

Posteriormente, con oficio de 17 de diciembre de 1999, el Gobernador del Cesar solicitó a la demandante la elaboración de un Contrato de Prestación de servicios profesionales con el señor Amadeo Tamayo Morón, por valor de setenta millones (\$70'000.000), con el objeto de que representara al Departamento en el proceso que cursaba en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; en la misma fecha se suscribió el Contrato 132 entre el Gobernador del Departamento del Cesar y el mencionado abogado Tamayo Morón, para los efectos referidos, acordando que del valor señalado se cancelaría el 50% como anticipo y lo demás una vez se obtuviera el fallo definitivo en última instancia, debidamente certificado por la señora Carmen Magalis Castro, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación, quien fue designada como Interventora; la duración se pactó por el término que utilizara el Centro de Arbitraje y Conciliación para dirimir el proceso objeto del contrato.

La misma decisión señala que en escrito sin fecha, el contratista solicitó a la Jefe de Oficina Jurídica la liquidación final del Contrato de Prestación de Servicios 132 de 17 de diciembre de 1999, argumentando que por razones involuntarias no fueron consignados oportunamente los honorarios de los árbitros, secretario y gastos de administración, señalados en la Resolución de instalación del Tribunal de Arbitramento y que como consecuencia de ello, el 23 de noviembre de 1999, Tribunal declaró concluidas sus funciones y extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria entre el Departamento del Cesar y Transgranos, que por tal razón consideraba que su contrato había terminado *“por sustracción de materia”*; como consecuencia de ello, la Interventora Fernández de Castro y el contratista Tamayo

Morón liquidaron el contrato mediante acta de 4 de enero de 2000 y el contratista recibió la suma de veintiséis millones doscientos ochenta y dos mil (\$26'282.000) pesos, por concepto de anticipo y de treinta y un millones trescientos noventa y cinco mil (\$31'395.000) pesos, por concepto del saldo restante.

Frente a lo dicho se evidencia que cuando el Gobernador del Departamento del Cesar solicitó a la demandante y ésta dispuso el trámite y la elaboración del Contrato de Prestación de Servicios 132 varias veces mencionado, esto es el 17 de diciembre de 1999, no existía objeto, pues éste consistía en que el abogado Amadeo Tamayo Morón representara al Departamento del Cesar en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y no podía existir objeto contractual, porque antes de suscribir el convenio, vale decir desde el 23 de noviembre precedente, mediante el Acta N° 2, el Tribunal de Arbitramento declaró concluidas sus funciones y extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria, dejando a las partes en libertad de acudir a la Justicia Ordinaria y si bien es cierto el señor Tamayo contestó el traslado de la solicitud de trámite arbitral, ello constituyó una actuación previa a la suscripción del contrato, el 6 de agosto de 1999, como también lo fue su asistencia a la instalación del Tribunal, el 5 de noviembre del mismo año, para lo cual no se requería contrato alguno, pues para el efecto había anexado y actuaba en desarrollo del poder que se le había otorgado.

En consonancia con lo referido, resulta claro que entre la fecha de suscripción del contrato 132 (17.12/99) y la de su liquidación por parte de la demandante (4.1/00), el contratista no realizó gestión alguna y pese a ello la actora, quien también actuaba como Interventora del citado convenio, certificó que el abogado Amadeo Tamayo había cumplido con el objeto del contrato 132 de 1999, por lo cual se le canceló una suma cercana a los setenta millones de pesos (\$70.000.000) y así entonces, lejos de beneficiar al Departamento del Cesar como equivocadamente sostiene el apoderado de la demandante, se le causó un incuestionable detrimento patrimonial a ese ente territorial, que, contra lo que sostiene esa misma parte, no se encontraba en situación de premura, que hiciera imperativa la contratación de un abogado que lo representara en el Centro de Arbitraje, pues no existía proceso alguno, en tanto el Tribunal de Arbitramento había cesado en sus funciones.

El proceder irregular de la demandante, en relación con el contrato 132 de 17 de diciembre de 1999, es evidentemente doloso, en la medida en que, dada su

condición de Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar y su formación profesional en derecho, contando con plena capacidad de determinación dispuso el trámite y elaboración de un contrato cuyo objeto era inexistente y aun así suscribió la respectiva Acta de Liquidación en su calidad de Interventora, lo cual trajo como consecuencia la cancelación de honorarios a un abogado, que bien sabía que, *“por sustracción de materia”* no podía realizar actuación alguna en desarrollo de un objeto contractual inexistente, entre el término de suscripción y de liquidación del convenio.

Frente a lo dicho, resulta peregrina la afirmación del apoderado de la parte demandante, consistente en que, al mediar solicitud del Gobernador, la señora Carmen Magalis Castro no tenía otra opción que acatarla y elaborar el contrato, por cuanto no se trataba del cumplimiento de un deber legal sino funcional, pues admitir tal argumento equivale a sostener que los servidores públicos están eximidos de responsabilidad cuando quiera que obran en cumplimiento de una orden superior, sin importar si, como ocurrió en este caso, realizan actuaciones que, entre otras cosas, comprometieron el patrimonio del Departamento del Cesar; la tesis de la parte demandante contraría el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política, en cuanto prevé que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución Política y las leyes de la República y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De otra parte, cabe precisar que las investigaciones disciplinarias y penales son diferentes aun cuando se soporten en los mismos supuestos fácticos y en esa medida las decisiones de la Entidad penal no se constituyen ni pueden constituirse en precedentes de forzosa aplicación en los procesos disciplinarios, máxime cuando, como ocurre en este caso, la parte demandante pretende hacer valer una providencia que decidió la situación penal de un funcionario diferente de la accionante en el sub-lite, como es el señor Lucas Segundo Gnecco Cerchar, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Gobernador del Departamento del Cesar; evidentemente los investigados penal y disciplinariamente son personas diferentes, que ejercieron cargos distintos, con responsabilidades individuales y funciones diferentes, por tales razones las decisiones emanadas de la Fiscalía General de la Nación, mediante las cuales ese Ente se inhibió para iniciar proceso penal contra el señor Gnecco Cerchar, no podían incidir en la investigación disciplinaria que la Procuraduría General de la

Nación adelantó a la señora Carmen Magalis Castro de Fernández, Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Cesar.

Sobre el punto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“ ...

“[U]n servidor puede ser procesado penalmente, sin perjuicio de la acción disciplinaria, frente a una supuesta falta o infracción, más aún cuando la Carta Política no exige en parte alguna que previamente a la declaratoria de pérdida de investidura de los Congresistas, de que tratan las causales 4a. y 5a. del artículo 183, se requiera "previa sentencia penal condenatoria."

“Tal visión recortaría en forma grave la competencia del Consejo de Estado, órgano al cual la Constitución le confiere exclusivamente la competencia de decretar la pérdida de la investidura. Se observa además, que sin la plenitud de atribuciones inherentes al ejercicio de jurisdicción en materia sancionatoria, como son las competencias judiciales de instrucción, de acusación y de juzgamiento, no podría constitucionalmente habersele asignado al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo la competencia de imponer esta sanción, sometiéndola a la existencia de un requisito previo, no previsto en la Carta, como lo es el de la "previa sentencia penal condenatoria" a que alude la norma acusada.

“En el mismo sentido se pronunció la sentencia C-247 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), en la que se declaró inexecutable el artículo 5º de la Ley 144 de 1994, al sostener que:

*“La Corte debe insistir en que las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, **aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan.** Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable. Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. **Se trata de un juicio y de una sanción***

que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda.

“5.3.2.9. A raíz de estas reflexiones constitucionales con efectos erga omnes, y de la declaratoria de inexecuibilidad de las normas indicadas, el Consejo de Estado reconoció que las causales establecidas en la Carta para la pérdida de investidura exigen una definición propia, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo a lo estipulado en la Constitución. **Es más, dado que el proceso penal y el de pérdida de investidura entrañan un juicio de responsabilidad diferente en cada caso, el Consejo de Estado ha reconocido que la causal de pérdida de investidura es independiente de cualquier tipo penal, favoreciendo una interpretación específica acorde con la naturaleza del proceso correspondiente**”. (Subrayas y negrillas fuera del texto).⁵

El artículo 25 de la Ley 200 de 1995 enlistaba las faltas gravísimas que suponían, entre otras conductas, el incumplimiento de deberes y la violación de prohibiciones; entre las referidas faltas gravísimas contempló en el numeral 4 cuando “... **El servidor público** o el particular que ejerza funciones públicas, que de manera directa o por interpuesta persona **obtenga para** sí o para **otro incremento patrimonial**” (Subrayas y negrillas fuera del texto), pues con la conducta descrita en el segundo cargo la demandante permitió que al contratista Amadeo Tamayo Morón se le cancelaran unas sumas de dinero, por el cumplimiento de un Contrato de Prestación de Servicios cuyo objeto, tal como quedó demostrado, era inexistente y en relación con el cual no era posible, como evidentemente ocurrió, desarrollar actividad alguna por parte del contratista y la consecuencia de tal falta gravísima no podía ser otra que la sanción más drástica, vale decir destitución.

Corolario de lo expuesto y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, resulta que la señora Carmen Magalis Castro de Fernández de

⁵ Sentencia T-086/07 de 8 de febrero de 2007. Expediente T-1400769 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Castro, en su calidad de Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar, incurrió en falta disciplinaria, en cuanto incumplió las funciones establecidas en el Decreto N° 000137 de 8 de noviembre de 1996, contentivo del Manual Específico de Funciones de la Gobernación del Departamento del Cesar y con la normatividad que regula la contratación estatal en materia de Contratos de Prestación de Servicios y en consecuencia, los fallos disciplinario que le impusieron las sanciones cuya nulidad demanda en el sub-lite, deben mantenerse, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda presentada por la señora Carmen Magalis Castro de Fernández de Castro, contra la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

