



Sentencia 2013-01115 de 2019 Consejo de Estado

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - Competente para suspender y destituir a servidores públicos de elección popular / CONTROL INTEGRAL DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA / TIPICIDAD DE LA CONDUCTA - Juicio de adecuación / FALTA DISCIPLINARIA - Principio de transparencia en materia de contratación pública / EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA - Convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO - Indebida valoración probatoria

[L]a aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-, debe armonizarse con el orden jurídico interno del país. En este sentido, existe en la actualidad un criterio imperante en la Corte Constitucional, según el cual el procurador general de la Nación, en virtud de la competencia asignada directamente por la Constitución Política en el art. 277-6, es competente para suspender y destituir a los servidores públicos de elección popular que incurran en toda clase de conductas que contravengan el derecho disciplinario. [...] [A]unque la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia del 15 de noviembre de 2017 al resolver el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego, interpretó el art. 23-2 de la Convención Americana CADH, y concluyó, que el procurador general de la Nación solamente tiene competencia para sancionar con suspensión a los servidores públicos de elección popular en casos de corrupción; esta Subsección no pierde de vista, que la enunciada decisión no constituye un precedente judicial vinculante para el control de legalidad de otras decisiones disciplinarias. [...] [E]l procurador general de la Nación mantiene a plenitud la competencia consagrada en el art. 277-6 constitucional para destituir, suspender e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, y dicha competencia solo será modificada a través de los mecanismos previstos por el constituyente en el art. 374 de la Constitución Política, esto es, a través de actos legislativos, asamblea constituyente o referendo, junto con los ajustes necesarios en materia de política pública. [...] [E]l juez de lo contencioso administrativo ejerce un control integral sobre los actos administrativos de carácter disciplinario. En tal sentido, está habilitado no solo para ejercer el juicio de legalidad enmarcado en las causales de nulidad invocadas por la parte demandante, sino, para analizar todos aquellos aspectos sustanciales de la actuación disciplinaria, que permitan cumplir la finalidad de una tutela judicial efectiva. [...] [L]a falta disciplinaria descrita en el numeral 31º del art. 48 de la Ley 734 de 2002, es un tipo disciplinario de mera conducta, de carácter abierto. Cuya trasgresión, se materializa en el desconocimiento de los principios de la actividad contractual. Lo anterior permite inferir, que no existe una descripción concreta de las conductas que dan lugar a la configuración de la falta, dado que los principios son en esencia mandatos de optimización, sin contenido concreto. [...] [H]ay lugar a declarar la infracción disciplinaria por vulneración de un principio, cuando la norma jurídica que se utiliza como complemento, concreta la conducta reprochada [...] [E]l principio de transparencia se entiende desde una perspectiva de lo público; estrechamente relacionado con los principios de igualdad en el acceso de las oportunidades, prevalencia del interés general y la publicidad en los actos de las autoridades públicas. Se trata de un principio que busca, que el proceso de selección se adelante con respeto a la igualdad de oportunidades de quienes están interesados en contratar con el estado, y de manera imparcial. [E]l deber de aplicar la selección objetiva en los procedimientos contractuales, está relacionado con los principios de transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades, y se enmarca en la institución del acto reglado. [...] [E]l principio de transparencia en conjunto con el de la selección objetiva, conlleva el acatamiento entre otras, de la obligación de la entidad pública contratante de indicar expresamente cual es la modalidad de selección del contratista que se va a utilizar en cada caso concreto, incluyendo la justificación y los fundamentos jurídicos que la soportan. De esta manera, cualquier omisión, sobre este requisito conlleva a la trasgresión de los principios precitados. [...] [S]e incurre en la falta disciplinaria consagrada en el numeral 31 del art. 48 de la Ley 734 de 2002, cuando en la conducta endilgada es posible advertir que se quebrantaron por falta de observancia, los principios contractuales de transparencia y selección. [...] [P]ara que proceda la exclusión de responsabilidad consagrada en el numeral 6º del art. 28 de la Ley 734 de 2002, es preciso que se cumplan los presupuestos jurisprudenciales que se han fijado respecto de la misma a saber: i) que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico y ii) que el error de apreciación no era humanamente superable, esto es que era invencible, dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que este se realizó. [...] El error de derecho, en materia contractual se presenta cuando «la información legal del sujeto interviniente se encontraba falseada en cuanto a su existencia o interpretación». El carácter de vencible o invencible del error, significa que el servidor público disciplinado tuvo la oportunidad de realizar una acción que le permitiera esforzarse y, a través de un ejercicio lógico racional, determinar que estaba actuando en contra de la norma. [...] el error era totalmente evitable y superable, por cuanto hubiera bastado, con que procurara el cumplimiento de lo dispuesto en el manual de contratación del departamento, para purgar toda irregularidad en la suscripción del contrato 607 de 2009 y además, porque dicho funcionario estaba obligado a conocer la ley, en razón a que no puede invocarse su ignorancia como excusa ni realizar interpretaciones, que contradigan los principios contractuales que se aplican a toda actividad administrativa de este tipo. [...] [P]ara la falta disciplinaria gravísima, el art. 44 de la Ley 734 de 2002, contempla la sanción de *destitución e inhabilitación general*, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. En armonía con lo anterior, el mismo estatuto disciplinario en el art. 46 al referirse al límite de las sanciones, dispone que la inhabilitación general será de diez a veinte años. De esta manera, la sanción imputada (...) guardó armonía con el principio de proporcionalidad, dado que la conducta imputada a título de culpa gravísima guarda

relación, con el incumplimiento del deber exigido [...] [E]l fallador disciplinario o el juez, pueden definir si se decretan o no, la totalidad de las pruebas solicitadas bajo el criterio de que solo lo útil y necesario, es fundamental en materia de pruebas. Para este efecto, deberá determinar cuáles son las pruebas pertinentes, conducentes, y procedentes para llegar al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado [...] en lo que se refiere a la actividad de valoración probatoria, es importante señalar que el proceso disciplinario, adoptó el sistema de la sana crítica, y así lo incorporó en el art. 141 del CDU, el cual indica que «las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta». Valga señalar, que este sistema valorativo de la sana crítica o también llamado de *persuasión racional*, es aquel por medio del cual el fallador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 / LEY 80 DE 1993

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01115-00(2637-13)

Actor: JUAN CARLOS ABADIA CAMPO

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide en única instancia¹ la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó el señor Juan Carlos Abadía Campo en contra de la Nación, procuraduría general de la Nación.

II. LA DEMANDA

Pretensiones²:

1. Solicitó la nulidad de las decisiones disciplinarias proferidas por la procuraduría general de la Nación el 19 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013, por medio de las cuales sancionó al señor Juan Carlos Abadía Campo con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de 10 años.

2. En consecuencia de lo anterior, que se ordene al ministerio público cancelar las anotaciones disciplinarias relacionadas con los actos administrativos demandados.
3. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Hechos relevantes³

1. Juan Carlos Abadía Campo fue elegido como gobernador del Valle del Cauca para el periodo constitucional 2008-2011.
2. Encontrándose en dicha calidad, la procuraduría general de la Nación mediante auto de 19 de diciembre de 2011⁴ resolvió iniciar indagación preliminar en su contra, y agotada esta etapa dispuso el 10 de mayo de 2012⁵, adelantar el procedimiento verbal contemplado en el art., 175 y ss., de la Ley 734 de 2002, y citar a audiencia, por la comisión de conductas irregulares «en el trámite de selección y suscripción del contrato de prestación de servicios de salud núm. 0607 del 3 de julio de 2009, celebrado entre la gobernación del Valle del Cauca y la firma Eduardo Bolaños IPS Ltda».
3. Con posterioridad, la autoridad disciplinaria a través del auto del 16 de mayo de 2012 precisó la decisión del 10 de mayo de 2012 *ut supra* para señalar que la celebración del contrato de la referencia, puede ser irregular «por cuanto, se celebró en forma directa, cuando debió agotar el procedimiento y los requisitos establecidos en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, en especial lo señalado en el artículo 47 del Decreto 2474 de 2008, así como por el Manual de Contratación Administrativa del Departamento del Valle del Cauca, adoptado e implementado mediante el Decreto 926 del 4 de septiembre de 2008, por lo que se considera que debió adelantar la selección del contratista por el -Procedimiento de Selección Abreviada de Prestación de Servicios de Salud-, lo que implicaba consultar previamente los precios del mercado y solicitar ofertas»⁶.
4. El procurador segundo delegado, mediante decisión de primera instancia de 19 de junio de 2012, sancionó al señor Juan Carlos Abadía Campo en su calidad de gobernador del Valle del Cauca con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de 17 años.
5. La sala disciplinaria de la procuraduría general de la Nación, mediante decisión del 21 de febrero de 2013, decidió confirmar el acto sancionatorio de primera instancia en lo referente a la falta disciplinaria y modificó el ordinal segundo para sancionar con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años.

Normas violadas y concepto de violación⁷

A juicio del demandante, los actos disciplinarios acusados vulneraron los arts., 13, 14 y 28 nº 6 de la Ley 734 de 2002 y 29, 209 de la Constitución Política. La Sala aclara, que el demandante no precisó las causales de nulidad con las cuales busca invalidar los actos enjuiciados, no obstante, explicó el concepto de violación de la siguiente manera⁸:

Expuso, que en el trámite del proceso disciplinario insistió en la aplicación de la figura de la desconcentración de funciones consagrada en el art., 209 constitucional al caso bajo estudio, toda vez que la responsabilidad sobre el contrato que dio origen a la actuación disciplinaria, tanto en la etapa precontractual, contractual, como en la ejecución, no correspondía al señor Juan Carlos Abadía Campo, sino al secretario de salud departamental, al director jurídico del ente territorial y por último al exgobernador, quien en virtud de la desconcentración referida, solo tiene el deber de revisar el contrato y verificar que haya sido estudiado por los funcionarios competentes, y consecuente con ello, firmar el acto jurídico.

Señaló que la autoridad disciplinaria desconoció el derecho al debido proceso porque en las dos instancias solo valoró lo desfavorable al disciplinado y no tuvo en cuenta las causales eximentes y atenuantes de responsabilidad. Particularmente desconoció que el exalcalde actuó bajo el error invencible consistente en que los inmediatos colaboradores obraron con plena observancia del manual de funciones del

departamento del Valle del Cauca, incluyendo, el cumplimiento del deber funcional del director jurídico, de advertir la improcedencia de la contratación directa en esta clase de asuntos. Además, históricamente la secretaría de salud del departamento utilizaba la modalidad de contratación directa para prestar los servicios de salud de cirugías bariátricas.

Argumentó que se desconoció el derecho al debido proceso por indebida valoración probatoria, dado que no fueron valorados los testimonios ni las pruebas documentales que lo favorecían y en las que se demostraba que no existía dolo al firmar el citado contrato, con particular referencia al testimonio del señor Adolfo León López Giraldo asesor jurídico externo de la gobernación, en el cual aclaró que en temas de salud la contratación directa constituía la modalidad de contratación habitual.

Agregó, que la sanción impuesta por el ente de control es desproporcionada y la calificación de la conducta es errada, toda vez que el señor Juan Carlos Abadía, no actuó de forma dolosa, sino de buena fe.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁹.

La Procuraduría General de la Nación, en escrito presentado en oportunidad, se opuso a la solicitud de nulidad de las decisiones disciplinarias con fundamento en los siguientes argumentos:

1. No es procedente acceder a las pretensiones de nulidad de los actos sancionatorios, puesto que el escrito de la demanda no señaló las causales de nulidad que vician las citadas decisiones disciplinarias, contrariando lo dispuesto en el art., 138 de la Ley 1437 de 2011.
2. Expuso que el ministerio público no vulneró ninguna de las normas citadas por el demandante como fundamento de derecho, ya que los arts., 138, 161 y 162 de la Ley 1437 de 2011 se refieren al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y a los requisitos de la demanda que más bien fueron vulnerados por el accionante al no especificar las causales de nulidad invocadas.
3. Señaló que no se quebrantó el principio de culpabilidad contemplado en el art. 13 de la Ley 734 de 2002, puesto que la primera instancia imputó la conducta disciplinaria a título de dolo, y en el recurso de alzada se varió la calificación al grado de culpa gravísima, razón por la cual es errada la afirmación del demandante según la cual, la sanción es desproporcionada.
4. Expuso, que aunque el petente argumentó el desconocimiento del principio de favorabilidad dispuesto en el art. 14 de la Ley 734 de 2002, no precisó, la norma omitida o indebidamente aplicada por la autoridad disciplinaria, a partir de la cual se pueda determinar si era más restrictiva o desfavorable a los intereses del disciplinado.
5. Adujo que en el caso *sub judice* no es posible hablar de error invencible como la plantea la defensa, dado que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que la ignorancia de la ley particularmente cuando su sentido es claro no puede servir de excusa para que los servidores públicos se exoneren de su cumplimiento.
6. Aclaró que el principio de desconcentración de funciones consagrado en el art., 209 constitucional, no configura una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria para aquellos servidores que tienen la calidad de garantes de la actividad contractual.
7. Manifestó, que en el expediente obran suficientes pruebas que demostraron las irregularidades en las que incurrió el ex gobernador del Valle del Cauca en la celebración del contrato núm. 0607 de 2009.
8. El ministerio público, presento excepción previa de ineptitud formal de la demanda por no precisar la causal de nulidad del acto administrativo demandado.

IV. AUDIENCIA Y FIJACIÓN DEL LITIGIO¹⁰.

El magistrado ponente realizó audiencia inicial el día 25 de enero de 2019, en la cual verificó el saneamiento del proceso, advirtió que en el escrito de la contestación de la demanda, la procuraduría general de la Nación propuso como excepción previa la ineptitud formal de la demanda¹¹, teniendo en cuenta que el demandante se limitó a enunciar algunas normas constitucionales y legales sin concretar el concepto de su violación y sin precisar ninguna causal de nulidad de los actos administrativos acusados, tal como lo exigen los incisos 2º y 4º del art., 161 - CPACA-, el despacho la resolvió en los siguientes términos:

1. En cuanto a los artículos 138, 161 y 162 del CPACA, el magistrado director del proceso determinó que estas normas solo cumplen el propósito de indicar y explicar el medio de control ejercido para el caso concreto, de tal manera que no hacen parte de la lista de las normas quebrantadas. De otra parte, en lo que tiene que ver con la violación de las Leyes 640 de 2001 y 1395 de 2010, informó que, por citarse de forma genérica, sin haber especificado artículos, numerales, etc., que fueron trasgredidos por los actos acusados, se configura una omisión por lo que imposibilita el ejercicio del derecho de defensa e impide la adopción de una decisión por esta corporación.

2. En relación a los artículos 13, 14 y 28 núm. 6 de la Ley 734 de 2002 y 29, 209 de la Constitución Política, argumentó que si bien es cierto que la demanda no es muy clara en cuanto a las causales de nulidad, en ella se están formulando unos cargos concretos que corresponden a la valoración indebida y arbitraria del acervo probatorio y al desconocimiento de los principios de desconcentración administrativa y proporcionalidad de la sanción.

Por lo anterior, la excepción previa prospera frente a las Leyes 640 de 2001 y 1395 de 2010, más no sobre los artículos 13, 14, 28 N° 6 de la Ley 734 de 2002 y 29, y 209 de la Constitución Política.

3. En la misma audiencia se fijó el litigio, el cual consiste en « [...] determinar si los fallos disciplinarios demandados deben ser declarados nulos por haber sido expedidos con desviación de poder, la violación al debido proceso por la indebida valoración probatoria y el desconocimiento del principio de proporcionalidad y la violación de los artículos 13, 14 y 28 numeral 6º de la Ley 734 de 2002, 29 y 209 de la Constitución Política¹²».

V . ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez concluida la práctica de pruebas se consideró innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, en consecuencia, en la audiencia del 25 de enero de 2019 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Parte demandante¹³, reiteró en síntesis los argumentos expuestos en la demanda. Como argumento adicional, se refirió a los cargos determinados en la fijación del litigio. Insistió en que el operador disciplinario no valoró en debida forma las pruebas aportadas al proceso.

Parte demandada, no presentó alegatos de conclusión.

VI CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO¹⁴.

Solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda. Argumentó que la celebración del contrato n° 0607 del 3 de julio de 2009, no cumplió adecuadamente con los estudios previos de necesidad, oportunidad y conveniencia que exige el ordenamiento jurídico.

Manifestó que la celebración del contrato de referencia se realizó desconociendo lo dispuesto en el régimen de contratación estatal y en el manual de contratación del departamento del Valle del Cauca.

CONSIDERACIONES

I. Aceptación de impedimento

El Consejero de Estado Rafael Francisco Suarez Vargas, manifestó su impedimento¹⁵ para conocer del presente asunto al considerar que estaba incurso en la causal de impedimento descrita en el numeral 9 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que lo unen lazos de amistad con el doctor Juan Carlos Novoa Buendía, funcionario que en calidad de ponente y como procurador primero delegado profirió la decisión disciplinaria de segunda instancia, que en el presente se demanda.

La Sala acepta el impedimento presentado por el consejero Rafael Francisco Suárez Vargas al considerarlo fundado y en consecuencia lo separa del conocimiento del *sub lite*.

II. Cuestión previa

Competencia del procurador general de la Nación para imponer sanción de destitución y suspensión a servidores públicos de elección popular, de cara a las normas convencionales de protección de derechos humanos -artículo 23-2 de la Convención Americana-.

La Sala aclara, que aunque el citado argumento no constituyó un cargo de nulidad de la demanda, lo cierto es, que dada la importancia que dicho tema reviste, entratándose de servidores de elección popular, es oportuno pronunciarse sobre el asunto en acápite separado y de forma previa.

En primer lugar, la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-, debe armonizarse con el orden jurídico interno del país. En este sentido, existe en la actualidad un criterio imperante en la Corte Constitucional, según el cual el procurador general de la Nación, en virtud de la competencia asignada directamente por la Constitución Política en el art., 277-6, es competente para suspender y destituir a los servidores públicos de elección popular que incurran en toda clase de conductas que contravengan el derecho disciplinario.

Lo anterior es así, por cuanto la Corte Constitucional ha desarrollado un precedente uniforme a través de distintos fallos de unificación de tutela, y además, ha emitido providencias con fuerza de cosa juzgada, en virtud del art., 243 de la Constitución Política; a través de las cuales fijó *grossa modo*, las siguientes reglas de interpretación sobre este asunto:

(i) La Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 93 de la Constitución Política. No obstante, la confrontación de una ley, con un tratado internacional no da lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución¹⁶.

(ii) La competencia atribuida constitucionalmente al procurador general de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a quienes desempeñen funciones públicas, inclusive tratándose de cargos de elección popular, es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-¹⁷

(iii) El director del ministerio público tiene competencia para destituir, suspender e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, sin importar la naturaleza de la conducta.

(iv) El art., 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH–, no impone una prohibición a los Estados para que en sus ordenamientos internos consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos, menos aun cuando emanan directamente de sus propias constituciones. En otras palabras, lo que hace el artículo 23 de la convención es fijar una serie de pautas bajo las cuales el legislador puede regular los derechos allí señalados, pero no establece una relación cerrada *-numerus clausus-* en cuanto a las eventuales restricciones que constitucionalmente pueden ser impuestas a su ejercicio¹⁹.

La Sala concluye, con fundamento en los apartes de las sentencias en cita, que las sentencias de la Corte Constitucional que ratifican la competencia del procurador general de la Nación tienen pleno efecto vinculante en el ordenamiento jurídico interno, en virtud del principio de legalidad al cual se integran las sentencias con fuerza de cosa juzgada constitucional.

En segundo lugar, aunque la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia del 15 de noviembre de 2017¹⁹, al resolver el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego, interpretó el art. 23-2 de la Convención Americana CADH, y concluyó, que el procurador general de la Nación solamente tiene competencia para sancionar con suspensión a los servidores públicos de elección popular en casos de corrupción; esta Subsección no pierde de vista, que la enunciada decisión no constituye un precedente judicial vinculante para el control de legalidad de otras decisiones disciplinarias.

En efecto, la Sala Plena en la sentencia *ut supra* y en el auto de 13 de febrero de 2018 que resolvió sobre su aclaración, determinó sin ambages, las siguientes reglas para comprender el alcance de la decisión: (i) solo tiene efectos interpartes, dado que resolvió una petición de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del art., 189 del CPACA, (ii) que «en la sentencia no se hizo ningún pronunciamiento que modulara los efectos de la decisión para fijar reglas de competencia con efectos erga omnes», (iii) el control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes del proceso.

Para reforzar todo lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo también expresó lo siguiente:

« [...] el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, no puede significar que esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que comporten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Los jueces nacionales están en la obligación de “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin” sin embargo, en ejercicio de ese control, los jueces no están facultados para declarar la invalidez de las normas, expulsándolas del ordenamiento jurídico interno [...]» (sic).

Para esta Sala de Subsección, los términos de la sentencia, indican que el procurador general de la Nación mantiene a plenitud la competencia consagrada en el art. 277-6 constitucional para destituir, suspender e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, y dicha competencia solo será modificada a través de los mecanismos previstos por el constituyente en el art., 374 de la Constitución Política, esto es, a través de actos legislativos, asamblea constituyente o referendo, junto con los ajustes necesarios en materia de política pública.

Lo anterior, explica el exhorto que realizó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la enunciada sentencia, en el cual manifestó lo siguiente:

« [...] Por las anteriores razones se acudió a la figura del exhorto para que en un plazo no superior a dos (2) años, el Gobierno Nacional, el Congreso de la República y la Procuraduría General de la Nación, dentro del marco de sus competencias, evalúen y adopten las medidas necesarias, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la CADH [...]».

La Sala concluye de la lectura integral de la sentencia de 15 de noviembre de 2017, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo determinó con voto mayoritario de sus integrantes, que era necesaria una modificación de las normas constitucionales que otorgan la mencionada competencia al procurador general de la Nación, para armonizarlas con el sentido y alcance del art., 23-2 de la Convención Americana, por lo que evidenció claramente, que dichas reformas pertenecen al ámbito de competencia del legislador, y no a los jueces, dado

que estos no tienen dentro de sus atribuciones reformar las disposiciones constitucionales.

También advierte la Sala, que mientras subsista en el orden jurídico la norma que ha dado lugar a las sentencias constitutivas de precedente, la interpretación que sobre ellas ha realizado la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, permanece, y con ellas, su fuerza vinculante²⁰ para todas las autoridades públicas que conforman la estructura del Estado Colombiano.

En otras palabras, la sentencia de 15 de noviembre de 2017 que declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación con fundamento en la facultad prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, no despoja de competencia al ministerio público, en tanto continúa vigente su atribución como máxima autoridad del ministerio público, la cual emana directamente del texto constitucional.

En tercer lugar, la Sala resalta, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de control de los actos de la administración, cuenta con los mecanismos para garantizar la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 25 de la Convención de Derechos Humanos CADH²¹, y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP²², toda vez que el servidor público de elección popular que se ve afectado por una sanción de destitución o medida de suspensión del cargo, tiene a su alcance el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual contempla las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso. Entre ellas, prevé la oportunidad de suspender el acto, consagra causales de nulidad que permiten el análisis de la actuación probatoria, dispone un procedimiento mixto –escritural y oral– que brinda celeridad al proceso, y el control que el juez contencioso realiza sobre los actos disciplinarios es integral.

Como un argumento más, de lo que hasta ahora se ha dicho, la Sala resalta que la Corte Constitucional en la sentencia C- 111 de 2019, con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido declaró exequible «el núm. 1º del literal a del art. 45 de la Ley 734 de 2002 y el núm. 1º literal a del art. 49 de la Ley 1952 de 2019», que se refieren a la terminación de la vinculación del servidor de elección como consecuencia de la destitución e inhabilidad que puede imponer la Procuraduría General de la Nación. Para el efecto, señaló tres argumentos principales. En primer lugar, que el art. 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos no prohíbe que los Estados determinen en el orden interno, cual es la autoridad administrativa encargada de limitar los derechos de los servidores de elección popular, en segundo lugar, que el constituyente otorgó la competencia en el art. 277-6 a la Procuraduría General de la Nación para limitar los citados derechos, y en tercer lugar, el legislador cuenta con un margen de apreciación para atribuir a los organismos de control del estado competencias disciplinarias que incluyan la suspensión o destitución en el ejercicio del cargo.

Adicionalmente a todo lo expuesto, y dado que abundan razones de orden jurídico para ratificar la competencia de la Procuraduría General de la Nación en el presente; no se puede ignorar que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de decretar o denegar la nulidad de muchas sanciones disciplinarias impuestas a servidores públicos elegidos popularmente, mediante sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada, las cuales son una expresión del «estado de derecho» propio de la tradición constitucional de Colombia. Es necesario distinguir, que el ministerio público tiene un origen democrático dada la determinación de la Asamblea Nacional Constituyente para consolidar en la estructura del Estado Colombiano²³, un órgano autónomo de control, independiente de las demás ramas del poder público, encargado de la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público, y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. En este orden, la competencia de la procuraduría para suspender y destituir a servidores públicos de elección popular, debe ser comprendida en su contexto de origen, como una de las herramientas dispuestas por el constituyente y el legislador para cumplir los fines del estado democrático de derecho. Pensar en contravía, sería generar un estado de cosas inconstitucionales, en donde las conductas que atenten contra la función administrativa que impliquen responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, en concreto de elección popular, queden en una zona gris, que impide su juzgamiento.

III. Del control integral de la sanción disciplinaria

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de unificación²⁴, determinó que el juez de lo contencioso administrativo ejerce un control integral sobre los actos administrativos de carácter disciplinario. En tal sentido, está habilitado no solo para ejercer el juicio de legalidad enmarcado en las causales de nulidad invocadas por la parte demandante, sino, para analizar todos aquellos aspectos sustanciales de la actuación disciplinaria, que permitan cumplir la finalidad de una tutela judicial efectiva.

Para precisar el alcance del control integral, en la sentencia de unificación *ut supra* se fijaron las siguientes reglas²⁵:

i) La competencia del juez administrativo es plena, sin «deferencia especial» respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. ii) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. iii) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. iv) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. v) 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. vi) El juez de lo contencioso administrativo no solo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. vii) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. viii) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.

IV. Del proceso disciplinario y la sanción

El señor Juan Carlos Abadía Campo, fue elegido como gobernador del departamento del Valle del Cauca para el periodo constitucional 2008-2011, y tomó posesión el 1º de enero de 2008.

La investigación disciplinaria tuvo origen en el auto núm. 1222 del 28 de octubre de 2011²⁶, a través del cual el procurador regional del Valle del Cauca ordenó radicar y someter a reparto la noticia publicada por el diario «El País» de la ciudad de Cali el 27 de octubre de 2011²⁷, en la cual se denunciaron las presuntas irregularidades en las que incurrió Juan Carlos Abadía Campo y Héctor Fabio Useche de la Cruz, en calidad de gobernador y secretario de salud del Valle del Cauca respectivamente, al suscribir el contrato 607 del 3 de julio de 2009 cuyo objeto era la prestación de servicios de salud de cirugía bariátrica con laparoscopia de alta complejidad, en el marco de la protección del derecho a la salud de la población pobre no asegurada -PPNA-.

Adicional a lo anterior, el servidor Elmer José Montaña Gallego secretario general de la Gobernación del Valle del Cauca para el año 2011, presentó queja ante la Procuraduría Regional del Valle del Cauca en contra de los funcionarios precitados, y por los mismos hechos *ut supra*²⁸.

Mediante auto de 19 de diciembre de 2011, la Procuraduría Regional del Valle del Cauca ordenó adelantar indagación preliminar²⁹ a Juan Carlos Abadía Campo³⁰, Héctor Fabio Useche de la Cruz³¹, Raimundo Tello³², Yaneth Vélez³³, Alberto Ocampo³⁴, y dispuso la práctica de pruebas.

La autoridad disciplinaria mediante auto de 10 de mayo de 2012³⁵, dispuso que la actuación disciplinaria se adelantaría bajo el trámite del procedimiento verbal previsto en el art. 175 de la Ley 734 de 2002, y determinó que la falta imputada al disciplinado era la descrita en el numeral 31 del art. 48 de la Ley 734 de 2002, cuya conducta precisó en el auto de 16 de mayo de 2012, de la siguiente manera:

«[...] suscribir el contrato de prestación de servicios de salud núm. 0607 del 3 de julio de 200, con la firma Eduardo Bolaños IPS LTDA, al parecer en forma irregular, por cuanto se celebró de forma directa, cuando debió agotar el procedimiento y los requisitos establecidos en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, en especial lo señalado en el art. 47 del Decreto 2474b de 2008, así como por el Manual de Contratación Administrativa del Departamento del Valle del Cauca, adoptado e implementado mediante Decreto 926 del 4 de septiembre de 2008, por lo que se considera que se debió adelantar la selección del contratista por el Procedimiento de Selección Abreviada de Prestación de Servicios de Salud, lo que implicaba consultar previamente los precios del mercado y solicitar ofertas»

Agotado el trámite del procedimiento verbal, la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante decisión de primera instancia de 19 de junio de 2012 declaró la responsabilidad disciplinaria de Juan Carlos Abadía Campo y Héctor Fabio Useche de la Cruz por incurrir en la falta descrita en el numeral 31 del art. 48 de la Ley 734 de 2002, la cual se confirmó por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 21 de febrero de 2013. El contenido de los citados actos es el siguiente:

Acto sancionatorio de primera instancia de 19 de junio de 2012.

Acto sancionatorio de segunda instancia de 21 de febrero de 2013.

1. «Declarar disciplinariamente responsables a los señores CARLOS ABADÍA CAMPO (sic), [...] en su calidad de gobernador del departamento del Valle del Cauca, respectivamente, para la fecha de los hechos, por la conducta y falta relacionada en las imputaciones que les fueron formuladas, referidas a la participación en la etapa precontractual del contrato 0607 de 2009 con desconocimiento de los principios de la contratación pública, según lo explicado y demostrado en este proveído, con lo que concluye que violaron en numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al desconocer los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva, propios de la contratación estatal.

2. En consecuencia de lo anterior, sancionar al señor CARLOS ABADÍA CAMPO, [...] en su calidad de gobernador del departamento del Valle del Cauca, para las fechas de los hechos con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos y de funciones públicas por el término de (17) años, conforme a lo expuesto a lo expuesto en la parte motiva de este proveído. [...].
[...]

1. «CONFIRMAR el ordinal primero del fallo proferido en audiencia pública, el 19 de junio de 2012, por el funcionario especial designado, por medio del cual se declaró disciplinariamente responsables a los señores JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, [...].

2. MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la providencia recurrida, en el sentido de sancionar al doctor JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, en su condición de gobernador del Departamento del Valle del Cauca [...], con destitución e inhabilidad general de diez (10) años.

[...] »

V. Problema jurídico

Consiste en determinar si las decisiones disciplinarias de 19 de junio de 2012 y 21 febrero de 2013 por medio de las cuales la Procuraduría General de la Nación, sancionó al exgobernador del Valle del Cauca Juan Carlos Abadía Campo con -destitución e inhabilidad general en el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de 10 años-, son nulas, de conformidad con los cargos determinados en la demanda y la fijación del litigio.

Para el efecto, la Sala seguirá el siguiente orden metodológico: 5.1) Análisis de la tipicidad de la conducta y el juicio de adecuación, 5.2) análisis del cargo relacionado con la desconcentración de funciones, 5.3) estudio de la causal de justificación de la conducta- actuar con la convicción errada e invencible de no incurrir en falta disciplinaria-, 5.4) principio de proporcionalidad, 5.5) violación al debido proceso, por indebida valoración probatoria, 5.6) desviación de poder, 5.7) violación de los arts, 13, 14, y 28 numeral 6, de la Ley 734 de 2002.

5.1 Análisis de la tipicidad de la conducta y el juicio de adecuación

El ministerio público determinó que el señor Juan Carlos Abadía Campo en ejercicio de la calidad de gobernador del departamento del Valle del Cauca incurrió en la falta disciplinaria consagrada en el numeral 31º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por desconocimiento del principio de transparencia consagrado en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. El tenor literal de las normas es el siguiente:

Ley 734 de 2002. Art. 48. Son faltas gravísimas las siguientes:

« [...]

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

[...]»

Ley 80 de 1993. Art. 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

« [...]

8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

[...]»

La Sala advierte, que la falta disciplinaria descrita en el numeral 31º del art. 48 de la Ley 734 de 2002, es un tipo disciplinario de mera conducta, de carácter abierto. Cuya trasgresión, se materializa en el desconocimiento de los principios de la actividad contractual. Lo anterior permite inferir, que no existe una descripción concreta de las conductas que dan lugar a la configuración de la falta, dado que los principios son en esencia mandatos de optimización, sin contenido concreto.

Para resolver la citada indefinición, la Corte Constitucional en la sentencia C- 818 de 2005³⁶ al estudiar la constitucionalidad de la disposición en cita, determinó que debía aplicarse la técnica de la remisión del tipo disciplinario en blanco, esto es, que el numeral 31º del art. 48, debe analizarse en conjunto con otras disposiciones normativas que permitan definir con claridad las conductas que trasgreden el contenido de los principios contractuales y de la función administrativa.

La Corte atendiendo a dicha interpretación³⁷ concluyó, que hay lugar a declarar la infracción disciplinaria por vulneración de un principio, cuando la norma jurídica que se utiliza como complemento, concreta la conducta reprochada de la siguiente manera:

- i) Permite definir cuál es el deber, mandato o prohibición que se desconoció por el servidor público, o los particulares en los casos previstos en la ley.
- ii) Cuando la conducta objeto de reproche se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa.
- iii) A pesar de la generalidad del principio, 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 1993.

La Sala observa, que el ministerio público, estructuró la falta disciplinaria consagrada en el numeral 31 del art., 48 de la Ley 734 de 2002, remitiéndose a su vez, al contenido del numeral 8º del art., 24 de la Ley 80 de 1993, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. «Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.»» (subrayado fuera de texto).

Como se advierte, el contenido del artículo *ut supra*, busca censurar todo comportamiento del servidor público que se aleje del fin constitucional de la prevalencia del interés general en las actuaciones de la administración (art. 2º CP), y del principio legal de transparencia en la actividad contractual, descrito en el numeral 8º del art. 24 de la Ley 80 de 1993; para el efecto, señala la prohibición de incurrir entre otras, en la conducta de «eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto».

El verbo rector de la conducta es «eludir», que significa, según la real academia española de la lengua «no tener en cuenta algo, por inadvertencia o intencionalmente»³⁸.

De lo expuesto se colige, que la conducta disciplinaria objeto de análisis en el presente, es la siguiente: constituye falta gravísima el actuar en la etapa precontractual o contractual con desconocimiento del principio de transparencia, concretamente, entre otros, al incurrir en la prohibición de eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto.

- Del contenido de los principios de transparencia y selección objetiva en la actividad contractual.

El estado a través de la actividad administrativa de naturaleza contractual, cumple los fines señalados por mandato constitucional, entre los cuales se enlista, la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos (art., 2 C.P.), de tal manera, que en la contratación estatal, está proscrita toda actuación que apunte al favorecimiento de intereses particulares.

Para cumplir el fin indicado, el legislador en el art. 23 de la Ley 80 de 1993, determinó que las acciones de quienes intervienen en la actividad contractual del Estado, están sujetas a los principios de economía, transparencia y responsabilidad, como también, a los que rigen la función administrativa consagrados en el art. 209 constitucional, que son: la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Es preciso señalar, que los principios de la contratación estatal, «son auténticas normas jurídicas dotados de fuerza jurídica, de tal manera, que ninguna norma del ordenamiento jurídico los puede contrariar»³⁹

Ahora, el principio de transparencia, está contemplado en diferentes fuentes normativas, tales como la Constitución, Ley 80 de 1993, Ley 489 de 1998, Ley 1150 de 2007 y, Ley 1437 de 2007. Su definición, alcance y contenido han sido desarrollados, por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁰ y de la Corte Constitucional.

En la constitución política de 1991, el principio de transparencia se entiende desde una perspectiva de lo público; estrechamente relacionado con los principios de igualdad en el acceso de las oportunidades, prevalencia del interés general y la publicidad en los actos de las autoridades públicas.

Se trata de un principio que busca, que el proceso de selección se adelante con respeto a la igualdad de oportunidades de quienes están interesados en contratar con el estado, y de manera imparcial⁴¹.

El art. 24 de la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, define su contenido, a través del cumplimiento de las siguientes reglas:

- i) Procedimientos de selección
- ii) Publicidad de las actuaciones negociales
- iii) Objetividad, licitud y proporcionalidad de los pliegos de condiciones.
- iv) Motivación de los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella.

Como se advierte, la observancia del principio de transparencia, implica acatar los procedimientos de selección señalados previamente por el legislador, siendo éstos, la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada, la contratación directa y la mínima cuantía. Modalidades de selección, en las cuales, las actuaciones son públicas, con garantía de las partes para poderlos controvertir y los actos expedidos en la actividad contractual, deben ser motivados.

- Selección objetiva
-

La selección objetiva, tiene una triple connotación. Actúa como una regla de conducta de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual, es un principio, que orienta los procesos de selección tanto de la licitación pública como de la contratación directa, y es un fin, en tanto busca que se escoja la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación⁴².

El art. 29 de la Ley 80 de 1993, la definió de la siguiente manera: «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva».

Por su parte, el art. 5º de la Ley 1150 de 2007 determina que «es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de

motivación subjetiva [...]».

El Consejo de Estado, ha señalado que el deber de aplicar la selección objetiva en los procedimientos contractuales, está relacionado con los principios de transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades, y se enmarca en la institución del acto reglado. Así lo ha manifestado, veamos:

«El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado. Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible en razón de la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce» (sic)⁴³.

Así las cosas, la selección objetiva es una regla de obligatorio acatamiento en la actividad contractual, que en su núcleo esencial comporta la oportunidad para la administración de escoger la oferta que más beneficie a los intereses de la colectividad.

En igual sentido, el principio de selección objetiva, conlleva a la aplicación de la regla, según la cual los actos que se emitan en el desarrollo de la actividad contractual estén motivados, a fin de dotar de transparencia, toda actividad de la administración. En esta línea, toda modalidad de selección del contratista, debe estar precedida de estudios y documentos previos, los cuales deberán contener como mínimo los siguientes elementos:

- La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con el proceso de contratación.
- El objeto a contratar, con sus especificaciones, y los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
- La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo sus fundamentos jurídicos
- El valor estimado del contrato y la justificación del mismo.
- Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
- El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.
- Las garantías que se exigen en el proceso de contratación.
- La indicación de si el proceso de contratación está amparado por un acuerdo comercial.

De todo lo anterior se concluye, que el principio de transparencia en conjunto con el de la selección objetiva, conlleva el acatamiento entre otras, de la obligación de la entidad pública contratante de indicar expresamente cual es la modalidad de selección del contratista que se va a utilizar en cada caso concreto, incluyendo la justificación y los fundamentos jurídicos que la soportan. De esta manera, cualquier omisión, sobre este requisito conlleva a la trasgresión de los principios precitados.

- Prestación de servicios de salud de la población pobre no asegurada PPNA.

La Sala recuerda, que la seguridad social en salud es un servicio público de obligatoria prestación por parte del estado, y en consecuencia de ello, el legislador a través de la Ley 100 de 1993 dio origen al sistema de seguridad social en salud⁴⁴.

De esta manera, el artículo 157 de la mencionada Ley 100 de 1993, consagró dos tipos de afiliaciones al sistema general de seguridad social en salud: (i) régimen contributivo y (ii) régimen subsidiado. En relación con el primero, la norma dispone que se deben afiliar las personas con capacidad de pago, es decir aquellos vinculados al sistema a través de un contrato de trabajo, servidores públicos, pensionados y trabajadores independientes. Respecto del segundo régimen, la ley dispone que se deben afiliar todas las personas que no tengan capacidad para pagar la totalidad de las cotizaciones al sistema.

De otro lado, en el precitado artículo también se previó, que existen otro grupo de personas que por motivos de incapacidad de pago no se hubieran afiliado al régimen de seguridad social, tendrían la calidad de participantes vinculados, y en consecuencia, podrían recibir los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado, mientras se afilian al régimen subsidiado.

Por su parte, la prestación de servicios de salud de la población pobre no asegurada PPNA, tiene expresa regulación en el art. 20 de la Ley 122 de 2007, que preceptúa lo siguiente:

«Artículo 20. Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadora de Servicios de Salud debidamente habilitadas.»

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C- 1042 de 2007, se pronunció sobre la constitucionalidad de la enunciada disposición para señalar que ésta persigue fundamentalmente dos objetivos: i) que, como regla general, la contratación para la prestación de los servicios de salud para la población más pobre no asegurada se lleve a cabo por las Empresas Sociales del Estado ESE, y (ii) que como excepción, y bajo la configuración de determinados supuestos fácticos, aquélla pueda ser contratada con particulares que garanticen la prestación oportuna, eficiente y adecuada del servicio.

Así mismo, refirió que la autorización previa del ministerio de la protección social contemplada en el precitado art. 20, está referida para aquellos eventos en que la oferta de servicios no existe o es insuficiente en la red pública, y debe contratarse con particulares; tiene como único propósito garantizar el adecuado uso de los escasos recursos económicos que alimentan el SGSSS, evitando que los mismos se despilfarran o desvíen por efectos de la corrupción administrativa, e incluso, por la presión de los grupos armados ilegales⁴⁵.

En armonía con lo anterior, el art. 60 del Decreto 1510 de 2013, en concordancia con el art. 2.2.1.2.1.2.21 del Decreto 1082 de 2015, dispone que: «La entidad estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el ministerio de salud y protección social o quien haga sus veces».

De todo lo anterior, se colige, que se incurre en la falta disciplinaria consagrada en el numeral 31 del art. 48 de la Ley 734 de 2002, cuando en la conducta endilgada es posible advertir que se quebrantaron por falta de observancia, los principios contractuales de transparencia y selección, en cualquiera de sus contenidos, señalados en los párrafos precedentes.

Juicio de subsunción de la conducta.

Pruebas aportadas al proceso disciplinario:

- Copia auténtica del contrato de prestación de servicios de salud núm. 607 del 3 de julio de 2009 celebrado entre el departamento del Valle del Cauca y la IPS Eduardo Bolaños IPS⁴⁶.
- Comunicaciones del secretario Héctor Jesús Useche de la Cruz del 8 de mayo de 2009 solicitando CDP y activación de apropiación presupuestal por mil millones de pesos para la contratación de servicios de salud de cirugía bariátrica⁴⁷.
- Registro presupuestal de compromiso 4500001983 del 22 de julio de 2009 por valor de mil millones de pesos.
- Estudios previos para contratación de servicios de salud con Eduardo Bolaños IPS LTDA.

- Copia del formulario de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud de Eduardo Bolaños IPS LTDA.
- Oficio del 30 de enero de 2009, firmado por el señor Héctor Useche de la Cruz por el cual solicitó autorización al Ministerio de la Protección Social para la contratación de servicios en salud de cirugías bariátricas.
- Oficio del 2 de marzo de 2009 expedido por la Dirección General de Calidad de Servicios del Ministerio de la Protección Social, por medio del cual se autoriza a la gobernación del Valle del Cauca la contratación de servicios de salud de cirugías bariátricas.
- Certificado de existencia y representación de la persona jurídica Eduardo Bolaños IPS LTDA.
- Oferta de servicios de cirugía bariátrica del 6 de mayo de 2009, suscrito por el cirujano Eduardo Bolaños Quintero, coordinador del programa de cirugía para la obesidad, en el cual se oferta un costo individual por cirugía de diecisiete millones de pesos.
- Copia de pólizas y pagos registrados por Eduardo Bolaños IPS en relación con el contrato 0607 de 2009.
- Oficio SJ-2986 del 26 de junio de 2009, suscrito por el señor Raimundo Antonio Tello Benítez secretario jurídico de la gobernación del Valle del Cauca en el cual avala la contratación de servicios de Salud de Cirugía Bariátrica con la IPS Eduardo Bolaños IPS.
- Decreto 926 del 4 de septiembre de 2008, por medio del cual se adopta e implementa el manual de contratación administrativa del departamento del Valle del Cauca.
- Documentos relativos al contrato suscrito por Eduardo Bolaños IPS LTDA, con Coomeva EPS, el 30 de abril de 2009, para la realización de procedimientos de cirugía bariátrica.
- Copia de contratos suscritos entre la gobernación del Valle del Cauca y los hospitales San Rafael de Pasto, mental de Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Pasto y la Comunidad de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Pasto.
- Documentación de las secretarías de salud y planeación de la gobernación del Valle del Cauca, relacionada con el registro del proyecto para prestación de servicios de salud a población pobre no asegurada y especiales para la vigencia 2009.
- Igualmente se allegaron diversos documentos con copias de contratos de prestación de servicios de salud celebrados directamente por la administración departamental del Valle del Cauca, en fechas anteriores y posteriores al contrato objeto de investigación disciplinaria.

Análisis de la Sala.

La Sala con fundamento en la lectura y análisis de las pruebas aportadas a la actuación disciplinaria, concluye que la conducta del señor Juan Carlos Abadía Campo respecto del contrato 607 del 3 de julio de 2009, constituye falta disciplinaria en los términos del numeral 31 del art. 48 de la Ley 734 de 2002, toda vez que demuestran lo siguiente:

La Sala encontró acreditado⁴⁸, que Juan Carlos Abadía Campo en calidad de gobernador del Valle del Cauca y Héctor Fabio Useche de la Cruz como secretario de salud departamental, suscribieron bajo la modalidad de contratación directa, el contrato núm. 607 del 3 de julio de 2009, con la IPS Eduardo Bolaños Quintero⁴⁹, cuyo objeto descrito en la cláusula primera, era textualmente el siguiente:

«Prestar servicios de salud de cirugía Bariátrica por laparoscopia, de alta complejidad, en el marco de la protección del derecho a la salud a la población pobre no asegurada, población asegurada en lo no cubierto con recursos de la demanda y otras especiales del Departamento del Valle del Cauca, basado en la política de prestación de servicios de salud, incluyendo el modelo de atención en salud, la organización de la red de servicios al sistema de la referencia y contrareferencia en el Valle del Cauca, para dar respuesta a las necesidades de la población en condiciones de accesibilidad, continuidad, oportunidad, integralidad y eficiencia en el uso de los recursos» (sic)⁵⁰.

Se logra evidenciar, que el contrato *ut supra* estuvo precedido de una serie de actuaciones, que demuestran el quebrantamiento de los principios contractuales de transparencia y de selección objetiva, dado que la administración departamental omitió expresar las razones que la llevaron a escoger la modalidad excepcional de contratación directa. La revisión de las actuaciones previas, permiten consolidar esta afirmación, veamos:

En efecto, el señor Juan Carlos Abadía Campo y Héctor Fabio Useche de la Cruz, cuyas calidades ya fueron referidas, suscribieron el 5 de mayo de 2009 el documento denominado “Estudios Previos Para Contratación de Servicios de Salud con Eduardo Bolaños IPS Limitada”⁵¹, respecto del cual, se advierte lo siguiente:

Que el referido estudio determinó que el 14% de la población no está afiliada al sistema general de seguridad social y que «la oferta de las IPS en Cali, que hacen parte de la red de prestación de servicios de salud como el HUV y Hospital psiquiátrico como ESE con servicios de alta complejidad son insuficientes respecto a la prestación de servicios en especial de este procedimiento de cirugía bariátrica con laparoscopia».

Que en lo referente a los fundamentos jurídicos que soportan la contratación, el documento expresó literalmente lo siguiente: «La modalidad de contratación en cuanto a la prestación de servicios está dada por el art. 7 del Decreto 4747 que determina que las entidades territoriales deben contratar la prestación de servicios de salud con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas o Privadas que conforman la Red Pública del Departamento y el art. 20 de la Ley 1122 de 2007».

Finalmente, el citado estudio dedicó un acápite «a la justificación de los factores de selección que permita identificar la oferta más favorable de conformidad con el art. 12 del Decreto 2474 de julio 7 de 2008», en el cual se hizo referencia a la competencia de la secretaría departamental de salud del Cauca para la prestación de servicios de salud a la población de escasos recursos económicos.

Para la Sala el estudio previo en comento, no cumple con la motivación exigida a todo acto reglado de la contratación estatal, que permita justificar porque la administración bajo la dirección de Juan Carlos Abadía Campo acudió a la modalidad de selección de contratación directa.

Tal como salta a la vista, los fundamentos jurídicos estuvieron dirigidos a justificar la necesidad de contratar con una IPS privada por cuanto las que pertenecían al sector público según el documento «eran insuficientes», buscando con ello dar alcance al art. 20 de la Ley 1122 de 2007, el cual se recuerda, tiene como objetivo que las entidades territoriales acudan en primer lugar para la prestación de servicios de salud a la población pobre no asegurada, a la oferta de servicios de las empresas sociales del estado debidamente habilitadas y en su defecto, a las instituciones prestadoras de servicios de salud privadas.

De lo anterior se colige entonces, que el documento denominado «estudios previos» expedido en la etapa precontractual del contrato núm. 607 de 2009, no cumplió con la obligación de expresar las razones por las cuales la entidad contratante acudió a la modalidad de contratación directa, ni tampoco refirió cuáles fueron las ofertas presentadas, que llevaron a la administración para considerar que la propuesta de la IPS Eduardo Bolaños Quintero era la más favorable para la gobernación del Valle del Cauca.

Que la suscripción del contrato 607 de 2009, estuvo precedido de la autorización del ministerio de la protección social, sin que pueda entenderse, que a través de ella, el citado ministerio impartiera la aprobación para realizar la contratación de la prestación de servicios de salud a la PPNA a través de la modalidad de contratación directa.

En efecto, obra en el expediente el oficio de 2 de marzo de 2009⁵², a través del cual, la dirección general de calidad de servicios del ministerio de la protección social, autorizó la contratación con la red privada, bajo la premisa de que el citado servicio no tenía oferta en las entidades públicas o que éstas eran insuficientes.

La Sala advierte que el citado documento solo hace referencia a la lista de servicios no habilitados o insuficientes en los hospitales de la red pública, no obstante, el citado ministerio no se manifiesta de forma alguna, respecto de la modalidad de contratación que debe utilizarse en esta clase de contratación de servicios. De manera, que esta autorización, no puede considerarse como un aval a la modalidad de contratación directa utilizada por el exgobernador del Valle del Cauca.

Así las cosas, se tiene que la citada autorización cumple los estrictos fines trazados en el art. 20 de la Ley 1122 de 2007 cuales son, solicitar un concepto previo al ministerio de salud y protección social, a fin de que este indique si efectivamente los servicios que se busca proveer a través de las entidades particulares, no pueden ser prestados por las ESE territoriales, sin que dicho concepto previo habilite o avale una determinada modalidad de contratación.

· La Sala encuentra demostrado, que el señor Raimundo Téllez Benítez en calidad de secretario jurídico del departamento del Valle del Cauca, y José Antonio Cristancho M., como profesional especializado, mediante oficio de 26 de junio de 2009⁵³ dirigido al secretario de salud departamental Héctor Fabio Useche de la Cruz, consideraron viable la suscripción del contrato con Eduardo Bolaños IPS LTDA, advirtiéndose que dicho aval se fundamentó en el art. 20 de la Ley 1122 de 2007, y en la imputación del valor del contrato al rubro presupuestal núm. 1-10003/1106/232523/0120711000000000/200901036700 de la presente vigencia fiscal⁵⁴.

De lo anterior se colige, que el secretario departamental de salud, tampoco hizo referencia a la modalidad de contratación que debía llevarse a cabo en el asunto de la referencia, limitándose a constar que se había cumplido con el concepto previo de que trata el pluricitado art. 20 de la Ley 1122 de 2007, que como ya se ha indicado en múltiples oportunidades, no determina una modalidad de contratación.

· De otra parte, se observa que el señor Juan Carlos Abadía Campo, expidió el Decreto 926 del 4 de septiembre de 2008 por medio del cual «se adopta e implementa el Manual de Contratación Administrativa del Departamento del Valle del Cauca»⁵⁵, el cual según sus considerandos tiene como propósito garantizar y aplicar los principios de la función administrativa y de la contratación estatal.

El citado decreto, determina que para realizar los estudios y documentos previos se debe, entre otros aspectos: «Determinar la modalidad correcta del contrato para suplir la necesidad de la administración, indicando los fundamentos jurídicos que la soportan» (sic)⁵⁶.

En igual sentido, se indica que “para determinar la modalidad del contrato la secretaría jurídica deberá brindar el respectivo soporte” (sic)⁵⁷.

También se observa que el citado manual, dispone que la revisión del contrato corresponde a la secretaría jurídica, en tanto que la firma del mismo, es función del ordenador del gasto⁵⁸.

De otra parte, se advierte, que el manual de contratación previó de forma expresa, que la prestación de servicios de salud, se llevaría a cabo a través del procedimiento de selección abreviada, y para tal propósito señaló que era necesario efectuar entre otros, «los estudios y documentos previos, los cuales deben contener como mínimo los requisitos señalados en el art. 3º del Decreto 2474 de 2008» (sic)⁵⁹ y -solicitar entre 1 y 3 ofertas, según la facilidad del mercado, de inscritos en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección Social, o quien haga sus veces de conformidad con la Ley 10 de 1990»(sic)⁶⁰.

En lo que corresponde al procedimiento de selección de contratación directa, el manual de contratación del departamento, dejó consignado como requisito «efectuar los estudios y documentos previos, los cuales deben contener como mínimo los requisitos señalados en el art. 3º del Decreto 2474» y, «elaborar el acto administrativo de justificación de la contratación directa con excepción de los contratos de prestación de servicios y urgencia manifiesta» (sic)⁶¹.

La Sala concluye de lo anterior, que el Manual de Contratación del Valle del Cauca -Decreto 926 del 4 de septiembre de 2008-, exige que los estudios y documentos previos que preceden un contrato, expresen de forma motivada los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, ello se infiere de la remisión que realiza al art. 3º del Decreto 2474 de 2008 que consagra expresamente este requisito. Adicionalmente, es oportuno señalar que los contratos de prestación de servicios no están exentos de dicha motivación, tal como lo indicó el Consejo de Estado en la providencia que resolvió la solicitud de suspensión del precitado art. 3º del Decreto 2474 de 2008 (Rad. 2009-00101-00(36.054)).

La Sala con fundamento en todo lo expuesto, concluye que la conducta desarrollada por el señor Juan Carlos Abadía Campo, es constitutiva de la falta disciplinaria consagrada en el numeral 31º del art. 48 de la Ley 734 de 2002.

5.2 Análisis del cargo relacionado con la desconcentración de funciones.

El estatuto de contratación, Ley 80 de 1993, dispone en el art. 11, que la competencia para adelantar los procesos de selección y celebrar contratos reside en el jefe o representante legal de la entidad, no obstante, el art. 12 de la misma norma, permite delegar y desconcentrar el desarrollo de los procesos de selección de los contratistas, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel «directivo, ejecutivo o en sus equivalentes», sin que ello signifique, que quedan exonerados por virtud de la delegación, del deber de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual⁶².

Es necesario distinguir la desconcentración, de la denominada delegación en materia contractual. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema⁶³, para señalar, que la desconcentración se refiere «a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni reglamento administrativo propio»⁶⁴.

De otra parte definió, que la delegación «es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas [...], algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley»⁶⁵.

Es importante resaltar, que la desconcentración de funciones se hace y deshace mediante la ley, en tanto, la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución⁶⁶.

Análisis del caso concreto

Según el demandante los actos sancionatorios desconocieron la aplicación de la figura de la desconcentración de funciones, consagrada en el art. 209 constitucional, toda vez, que la responsabilidad sobre el contrato que dio origen a la actuación disciplinaria, tanto en la etapa precontractual, contractual, como en la ejecución, no correspondía al señor Juan Carlos Abadía Campo, sino al secretario de salud departamental, al director jurídico del ente territorial y por último al exgobernador, quien en virtud de la desconcentración referida, solo tenía el deber de revisar el contrato y verificar que se haya estudiado por los funcionarios competentes, y consecuente con ello, firmar el acto jurídico.

La Sala considera, que no le asiste razón a la parte demandante, ya que el principio organizacional de la desconcentración no tiene cabida en el caso que se revisa. Las razones son las siguientes:

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no hay lugar al estudio de las modalidades de la acción administrativa de desconcentración y delegación de funciones, dado que las etapas precontractuales y contractuales del contrato 607 de 2009 no tuvieron origen en éstas.

En efecto, aunque la parte demandante busque configurar una posible desconcentración de funciones entre el despacho del gobernador, en la

secretaría departamental de salud, lo cierto es, que el manual de contratación del departamento del valle, si bien hace referencia a un posible reparto de funciones entre la función de adelantar el proceso contractual a cargo del secretario correspondiente y la firma por parte del Gobernador; ello no es, argumento suficiente para considerar una auténtica desconcentración de funciones, pues como salta a la vista, la secretaría de salud departamental del Valle del Cauca, no obró con autonomía e independencia en el referido proceso contractual, por el contrario, como ya se ha insistido en párrafos anteriores, los estudios previos al contrato 607 del 3 de julio de 2009, fueron suscritos por el exgobernador Juan Carlos Abadía. Contrario a lo anterior, resulta más evidente que el ex representante legal de la gobernación del Valle del Cauca Juan Carlos Abadía Campo era responsable de la gestión contractual, al acudir de forma directa al desarrollo de la actividad administrativa contractual y además, por ser el ordenador del gasto y representante legal del ente territorial, quien debe salvaguardar el cumplimiento de los principios que constitucional y legalmente, está obligado a observar.

Con fundamento en lo expuesto, el cargo de nulidad no está llamado a prosperar.

5.3 Análisis del cargo relacionado con la causal de justificación de la conducta- la convicción errada e invencible-.

Dado que el caso *sub lite* se argumentó por la parte demandante la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, consistente en que el señor Juan Carlos Abadía Campo, obró bajo la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria por cuanto obro con convencimiento «en que los inmediatos colaboradores obraron con plena observancia del manual de funciones del departamento del Valle del Cauca, incluyendo, el cumplimiento del deber funcional del director jurídico, de advertir la improcedencia de la contratación directa en esta clase de asuntos. Además, históricamente la secretaría de salud del departamento utilizaba la modalidad de contratación directa para prestar los servicios de salud de cirugías bariátricas».

Así las cosas, es necesario analizar si existe una causal de justificación de la conducta realizada por el servidor público disciplinado. Para tal efecto, el legislador dispuso que las causas que excluyen la responsabilidad disciplinaria, son aquellas enlistadas en el art. 28 de la Ley 734 de 2002, a saber:

«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.

No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.» (sic)- resaltado fuera de texto-.

Ahora bien, para que proceda la exclusión de responsabilidad consagrada en el numeral 6º del art. 28 de la Ley 734 de 2002, es preciso que se cumplan los presupuestos jurisprudenciales⁶⁷ que se han fijado respecto de la misma a saber: i) que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico y ii) que el error de apreciación no era humanamente superable, esto es que era invencible, dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que este se realizó⁶⁸.

La Sala aclara, que la citada eximente de responsabilidad tiene origen en el error, en el cual puede incurrir el servidor público disciplinado, bien sea, sobre las circunstancias fácticas que rodean la conducta cometida, caso en el cual se denomina -error de hecho-, o, de un error relacionado con un elemento o componente normativo o jurídico titulado -error de derecho-.

El error de derecho, en materia contractual se presenta cuando «la información legal del sujeto interviniente se encontraba falseada en cuanto a su existencia o interpretación»⁶⁹

El carácter de vencible o invencible del error, significa que el servidor público disciplinado tuvo la oportunidad de realizar una acción que le permitiera esforzarse y, a través de un ejercicio lógico racional, determinar que estaba actuando en contra de la norma.

La Sala de conformidad con el alcance de la citada causal, considera que en el caso bajo estudio, el señor Juan Carlos Abadía Campo, en calidad de gobernador del Valle del Cauca pudo evitar la conducta reprochable, en la medida en que debió constar que la suscripción del contrato 607 de 2009 cumplía no solo con los principios de orden contractual, sino, con los requisitos que el mismo burgomaestre plasmó en el manual de contratación del departamento -Decreto 926 de 2009-, el cual, como se indicó en párrafos precedentes, dispuso la modalidad de selección abreviada para la contratación de servicios de salud.

Una mirada atenta al documento denominado «estudios previos para contratación de servicios de salud con Eduardo Bolaños IPS LTDA», que valga resaltar, también fue suscrito por el exgobernador Juan Carlos Abadía Campo, permite corroborar sin mayor esfuerzo, que no se realizó un análisis de la modalidad de contratación pertinente en el caso concreto, así como tampoco se hizo referencia alguna a la oferta más favorable, circunstancias que no podían pasarse de largo por el señor Juan Carlos Abadía Campo, ya que hacían parte de los requisitos que fueron consagrados en el manual de contratación *ut supra*.

De otra parte, es oportuno aclarar, que no puede aceptarse que el señor Juan Carlos Abadía Campo en relación con el citado contrato solo tenía la función de suscribir el mismo, despojándolo de todo ejercicio de revisión, pues si bien, así se determinó en el manual de contratación del departamento, lo cierto es, que ello no puede avalarse por cuanto se entendería que el gobernador del Valle del Cauca solo se limita a firmar los contratos, omitiendo todo juicio de valoración sobre los mismos.

Se suma a lo anterior, que si bien, el director jurídico del departamento Raimundo Antonio Tello Benítez, mediante oficio dirigido al secretario de salud departamental Héctor Fabio Useche, avaló la suscripción del contrato 607 de 2009, no obstante, en el mismo se excluyó todo pronunciamiento respecto de la modalidad de selección del citado contrato, circunstancia, que debió advertirse por parte del señor Juan Carlos Abadía, por cuanto era conocedor de las funciones del director jurídico, de tal manera que una lectura detallada de los estudios y documentos previos, le hubiera permitido percatarse de la omisión en que incurrió el director jurídico de expresar la modalidad de selección y los fundamentos jurídicos que la soportan.

De otro lado, en lo que se refiere al argumento según el cual, históricamente la gobernación del Valle del Cauca para efectos de prestación de servicios de salud a la población pobre no asegurada PPNA ha contratado bajo la misma modalidad que el presente; es preciso señalar que no es de recibo por la Sala, toda vez, que la copia de los contratos aportados a la actuación disciplinaria no guardan relación con los supuestos de hecho que aquí se discuten, como quiera que ellos están relacionados con contratos con EPS de la red pública, y no con una IPS privada como el presente caso.

La Sala concluye de todo lo anterior, que no es aceptable que el señor Juan Carlos Abadía Campo actuó bajo la convicción errada e invencible, toda vez que el error era totalmente evitable y superable, por cuanto hubiera bastado, con que procurara el cumplimiento de lo dispuesto en el manual de contratación del departamento, para purgar toda irregularidad en la suscripción del contrato 607 de 2009 y además, porque dicho funcionario estaba obligado a conocer la ley, en razón a que no puede invocarse su ignorancia como excusa ni realizar interpretaciones, que contradigan los principios contractuales que se aplican a toda actividad administrativa de este tipo.

5.4 Análisis del cargo relacionado con el desconocimiento del principio de proporcionalidad- relación entre la gravedad de la falta y la sanción.

En el campo del derecho disciplinario el art., 13 de la Ley 734 de 2002 consagra que -en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa-. Lo cual quiere decir, que en Colombia se prohíbe en el régimen disciplinario imponer sanciones por el solo hecho de la ocurrencia del resultado, por el contrario, es una exigencia propia del derecho al debido proceso consagrado en el art., 29 de la Constitución Política, que se verifique la finalidad dolosa o culposa de la acción objeto de investigación disciplinaria.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha destacado, que el derecho disciplinario acogió el sistema de *numerus apertus*, según el cual corresponde a la autoridad encargada de imponer la sanción, determinar si la conducta puede ser sancionada a título de dolo o de culpa atendiendo a la naturaleza de la conducta sancionable⁷⁰.

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, consagra expresamente el principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

Artículo 18. Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley-.

El art. 42 de la ley en cita, consagra la clasificación de las faltas así:

Artículo 42. Clasificación de las faltas. Las faltas disciplinarias son:

1. Gravísimas
2. Graves.
3. Leves.

Y por su parte, el art. 43 *ibidem*, prevé los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

Análisis de la proporcionalidad de la sanción en el caso concreto

En el *sub lite*, la Procuraduría General de la Nación, imputó al señor Juan Carlos Abadía Campo, la falta gravísima consagrada en el numeral 31 del art. 48 de la Ley 734 de 2002, a título de dolo, y, en consecuencia, lo sancionó en primera instancia con la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 17 años. En decisión de segunda instancia, modificó la sanción, por cuanto varió la calificación de la conducta, esta vez la imputo a título de culpa gravísima por desatención elemental y dio aplicación a la causal de atenuación de la sanción disciplinaria, consistente en no haber sido sancionado disciplinariamente dentro de los 5 años anteriores a la sanción. Corolario de ello, modificó la sanción para mantener la destitución, pero disminuyó la inhabilidad general de 17 a 10 años.

La Sala observa, que para la falta disciplinaria gravísima, el art. 44 de la Ley 734 de 2002, contempla la sanción de *destitución e inhabilidad general*, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

En armonía con lo anterior, el mismo estatuto disciplinario en el art.46 al referirse al límite de las sanciones, dispone que la inhabilidad general será de diez a veinte años.

De esta manera, la sanción imputada al señor Juan Carlos Abadía Campo, guardó armonía con el principio de proporcionalidad, dado que la conducta imputada a título de culpa gravísima guarda relación, con el incumplimiento del deber exigido al señor Juan Carlos Abadía Campo, dada su calidad de gobernador del Valle del Cauca, de quien se espera, el ejercicio de sus funciones en un escenario de atención y conocimiento del deber de diligencia que le impone su cargo. De esta manera, la autoridad disciplinaria acudió a la tasación mínima de 10 años de la inhabilidad general dispuesta, en el inciso 1º del art. 46 de la Ley 734 de 2002.

La Sala con fundamento en lo expuesto, concluye que el cargo no está llamado a prosperar.

5.5 Violación al debido proceso por indebida valoración probatoria.

Para resolver la Sala resalta, que una de las prerrogativas que conforman el contenido del derecho al debido proceso está relacionado con -el derecho a la prueba-. Así se desprende del artículo 29 de la Constitución Política el cual dispone que «[...] quien sea sindicado tiene derecho a la defensa[...]». Es evidente que la prueba tiene una importancia fundamental en la búsqueda de la verdad de los hechos, y en el grado de certeza que debe tener el operador disciplinario y/o el juez al momento de determinar la responsabilidad disciplinaria del servidor.

El derecho a probar implica a favor del disciplinado las siguientes garantías⁷¹: a) presentar y solicitar pruebas, b) controvertirlas c) que se practiquen con observancia del debido proceso, d) se decreten pruebas de oficio, e) se decreten y practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos f) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso⁷².

En lo relevante al caso, se destaca que el fallador disciplinario o el juez, pueden definir si se decretan o no, la totalidad de las pruebas solicitadas bajo el criterio de que solo lo útil y necesario, es fundamental en materia de pruebas. Para este efecto, deberá determinar cuáles son las pruebas pertinentes, conducentes, y procedentes para llegar al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado⁷³.

Ahora, en lo que se refiere a la actividad de valoración probatoria, es importante señalar que el proceso disciplinario, adoptó el sistema de la sana crítica, y así lo incorporó en el art. 141 del CDU, el cual indica que «las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta». Valga señalar, que este sistema valorativo de la sana crítica o también llamado de *persuasión racional*, es aquel por medio del cual el fallador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia⁷⁴.

Análisis del caso concreto

El demandante argumentó, que se vulneró el derecho al debido proceso del señor Juan Carlos Abadía Campo, por indebida valoración probatoria. Su inconformidad la manifestó en la siguiente irregularidad.

· Se desconoció el derecho al debido proceso por indebida valoración probatoria, dado que no fueron valorados los testimonios ni las pruebas documentales que lo favorecían y en las que se demostraba que no existía dolo al firmar el citado contrato, con particular referencia al testimonio del señor Adolfo León López Giraldo asesor jurídico externo de la gobernación, en el cual aclaró que en temas de salud la contratación directa constituía la modalidad de contratación habitual, así tampoco se tuvo en cuenta que el exgobernador del Cauca no era abogado.

La Sala evidencia, que la declaración rendida por el señor Adolfo León Giraldo, contrario a lo manifestado por el petente, si fue valorada por la autoridad disciplinaria. Precisamente se indicó, que dicha declaración⁷⁵ sirvió para constatar que el asesor jurídico externo de la secretaría de salud, no fue consultado acerca del procedimiento a seguir para la celebración del pluricitado contrato. Asimismo, se refirió a que no hay constancia alguna, que permita advertir que el despacho del gobernador solicitó el pluricitado concepto.

De otra parte, no es dable admitir que la profesión del exgobernador del Valle del Cauca, al no ser abogado, lo eximía de responsabilidad acerca de su obligación de obrar de forma diligente en relación con las funciones a su cargo, por cuanto la sanción impuesta, no tiene como base exigir la especificidad del conocimiento con la cual obraría un abogado, sino, con obrar de conformidad con los deberes propios que le correspondían como gobernador del Valle del Cauca.

Como se advierte, no se presenta la presunta irregularidad alegada por el petente, por cuanto la declaración si fue estimada por la autoridad disciplinaria. En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

5.6 Análisis del cargo relacionado con desviación de poder.

La mencionada causal de nulidad ha sido definida por la doctrina de la siguiente manera:

«Otro de los elementos de los actos administrativos se refiere a la finalidad que es tenida en cuenta por la autoridad administrativa al momento de ejercer su competencia. En efecto, siempre que se emite un acto administrativo, la administración busca obtener un propósito o un resultado. En consecuencia, esta causal de anulación se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dicen los artículos 137 y 138 del CPACA, “con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

Esta finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general, como se desprende del artículo 209 de la Constitución Política. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña

El vicio de desviación de poder no corresponde a un mero juicio de legalidad como ocurre con otras causales de anulación de los actos administrativos, sino que es necesario que quien demande la nulidad de un acto administrativo invocando este vicio, acredite los elementos probatorios suficientes para demostrar que efectivamente el acto fue adoptado con una finalidad diferente a la señalada por la norma que autoriza la competencia, para con ello desvirtuar la presunción de legalidad del acto.

Sin embargo, esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma

la decisión. En muchas ocasiones la norma no expresa la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual será el juez quien deberá determinarla utilizando elementos accesorios, como los antecedentes de la norma»⁷⁶.

Como se desprende de lo anterior, la desviación de poder consiste en el ejercicio de una atribución para la cual el funcionario tiene la competencia, pero busca un fin distinto del que permite o establece la norma.

Análisis del vicio de desviación de poder en el caso concreto.

En el caso *sub lite*, la parte demandante señaló en que el proceso disciplinario adelantado al señor Juan Carlos Abadía se incurrió en desviación de poder. No obstante, se observa que no se presentaron argumentos, para soportar el citado cargo de nulidad.

En consecuencia, no queda más a la Sala que negar el presente cargo.

5.7 Análisis del cargo relacionado con la violación de los artículos 13, 14 y 28 numeral 6 de la Ley 734 de 2002.

Finalmente, en cuanto se refiere a la presunta vulneración de los artículos 13, 14, 28 numeral 6 de la ley 734 de 2002, la Sala precisa que no conviene hacer referencia a ellos, por cuanto su contenido y análisis al caso bajo estudio, ya ha sido desarrollado en los acápites precedentes.

VI. De la condena en costas.

Las costas procesales, entendidas como los gastos necesarios en los que las partes tuvieron que incurrir para ejercer una correcta defensa de sus intereses dentro del proceso judicial, comprenden de un lado, las expensas o gastos ordinarios del proceso y de otra, las agencias en derecho.

Su reconocimiento está regulado por el art. 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el cual dispone que: «Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código Procedimiento Civil.», en armonía con lo anterior, el numeral 10 del art. 365 del Código General del Proceso señala que la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas : «[...] se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]».

Así mismo, el numeral 8º del art. 365 del Código General del Proceso, señala expresamente que «solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación».

En el caso concreto, y de acuerdo con todo lo anterior, se advierte, que hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, como quiera que: *i)* resultó vencida en el proceso y, *ii)* por cuanto se demostró la participación de la parte demandada a través de apoderado judicial. La liquidación se efectuará según lo dispuesto por el art. 366 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la pretensión de nulidad de las decisiones disciplinarias del 19 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013, por medio de las

cuales sancionó al señor Juan Carlos Abadía Campo con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de 10 años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente diligencia.

SEGUNDO: Declarar fundado el impedimento presentado por el Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, por lo señalado en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, según lo dispuesto en los arts., 365 y 366 del Código General del Proceso.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

QUINTO: En firme esta decisión, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

CON ACEPTACIÓN DE IMPEDIMENTO

Relatoría: AJSD/Lmr.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. De acuerdo al inciso 2º del numeral 2º del artículo 149 del CPACA.

2. Ff., 1032-1033

3. Ff., 1030-1032 del cuaderno principal parte III.

4. Ff., 434-436, cuaderno principal, parte II.

5. Ff. 470-477, cuaderno principal, parte II.

6. Ff., 272-276 del cuaderno principal parte I.

7. Ff., 1033 -1035 del cuaderno principal parte 3.

8. *Ibidem*.

9. Ff., 1063-1073 del cuaderno principal parte 3.

10. Audiencia celebrada el 25 de enero de 2019. Ff., 1117 – 1131 del cuaderno principal parte 3. Falta citación del CD.

11. F., 1073 del cuaderno principal parte 3.

12. F., 1127 del cuaderno principal parte 3.

13. Ff., 1137-1145 del cuaderno principal parte 3.

14. Ff., 1146-1153 del cuaderno principal parte 3.

15. F. 1155.

16. Corte Constitucional, sentencia C- 028 de 2006.

17. *Ibidem*.

18. Corte Constitucional, sentencia SU 712 de 2013.

19. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 1131-2014. C.P.

Cesar Palomino Cortés.

20. Santofimio Gamboa Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, pág. 228.

21. «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

22. «Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil».

23. Art., 218 de la Constitución Política.

24. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto de 2016, CP. William Hernández Gómez. Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz, Radicación: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU).

25. *Ibidem*.

26. F. 379, cdo principal parte II.

27. F. 378, cdo principal parte II.

28. Ff. 381-

29. Auto visible a f, 434 del cuaderno principal, parte II.

30. Gobernador del Valle del Cauca.

31. Secretario de Salud Departamental

32. Director Jurídico.

33. Auditora médica del departamento.

34. Auditor médico del departamento.

35. Visible a ff, 410-477 del cuaderno principal, parte II.

36. Corte Constitucional, sentencia C- 818 de 2005.

37. *Ibidem*.

38. <https://dle.rae.es/?id=EYvnKaM>

39. William Zambrano Cetina. Retos de la contratación pública en Iberoamérica. Segunda edición. Editorial Ibáñez, pág. 265.

40. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012, Exp.: 38.924, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

41. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes

acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

42. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, sentencia del 20 de mayo de 2010, MP. Enrique José Arboleda, Radicación: 1100 1 - 03 - 06 - 000 - 2010 - 00034 - 00- 1992.

43. Ibidem.

44. T- 705 de 2017.

45. Corte Constitucional sentencia C- 1042 de 2007.

46. Ff. 383-386

47. Ff. 333 reverso.

48. De conformidad con la copia auténtica del contrato 607 de 2009, visible a ff., 383- 389 del cuaderno principal parte II.

49. Representada legalmente por Eduardo Bolaños Quintero.

50. Copia auténtica del contrato 607 de 2009, f. 383 reverso, cuaderno principal parte II.

51. La copia auténtica de este documento, es visible en los folios 387 reverso a 389, del cuaderno principal parte II.

52. El citado documento, obra en el expediente en fotocopia de copia auténtica, visible a ff., 392 reverso- 393 del cuaderno principal parte II.

53. El documento es visible en los ff., 413 reverso- 414 reverso, del cuaderno principal, parte II.

54. *Ibidem.*

55. Visible a ff., 446- 468 reverso, *ibidem.*

56. F. 451 *ibidem.*

57. F. 451 reverso, *ibidem.*

58. F.455 reverso, *ibidem.*

59. F. 462, ibidem.

60. *Ibidem*.

61. F. 466.

62. Art. 12 Ley 80 de 1993.

63. Ver entre otras, las sentencias C- 372 de 2006 y C- 693 de 2008.

64. Sentencia C- 693 de 2008.

65. *Ibidem*.

66. Sentencia C-693 de 2008.

67. Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Bertha Lucia Ramírez de Paez. Expediente núm. 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12), sentencia de 27 de octubre de 2014.

68. *Ibidem*.

69. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Compendio de Derecho Administrativo, pág. 661.

70. Corte Constitucional sentencia C- 155 de 2002.

71. Al respecto puede consultarse la sentencia C- 496 de 2015.

72. *Ibídem*.

73. Sentencia de la Corte Constitucional T-555 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

74. Sentencia C- 202 de 2005.

75. F. 64 reverso, cuaderno I.

76. Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho administrativo general y colombiano, 20ª ed., Tomo I Bogotá, Temis, 2011, pp. 151 a 153.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:52:42