



Función Pública

Sentencia 00753 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

PRUEBA DECRETADA - Si no se práctica la parte solicitante debe insistir en la práctica o hacer uso de los recursos previstos

La omisión atribuida a la Procuraduría General de la Nación no es propia de ella, pues es evidente que a pesar de que dentro del proceso se decretó la prueba, en el expediente no obra oficio alguno que acredite que el ISS remitió a la entidad demandada esos documentos. Adicionalmente, si dicho elemento de convicción era tan primordial como lo quiere hacer ver el demandante, debió haber solicitado que se oficiara nuevamente al Instituto de los Seguros Sociales con el objeto de requerirlo para que lo allegara; o acudir directamente a esa Entidad -en ejercicio del derecho de petición-, con el propósito de obtener copia del mismo. También pudo insistir en la práctica de la prueba o hacer uso de los recursos previstos impugnando el auto con el cual se agotó la etapa probatoria.

JUEZ NATURAL - Funcionario competente para dirigir el proceso / **PROCURADOR GENERAL DE LA NACION** - Competente para adelantar procesos disciplinarios

La competencia del funcionario al que le corresponda dirimir un litigio o "Juez Natural" debe ser i) constitucional o legal; ii) preexistente, es decir, anterior al hecho que motiva la actuación o proceso correspondiente, y iii) explícita. En el caso que nos ocupa, la facultad del Procurador General de la Nación para adelantar procesos disciplinarios, se encuentra establecida en la Constitución y la Ley. Así, el artículo 277 de la Carta Política, le atribuye al Procurador General de la Nación una serie de funciones, las cuales puede ejercer directamente o por medio de sus delegados y agentes.

DOBLE INSTANCIA - Por necesidad de preservar el principio de legalidad / **DOBLE INSTANCIA** - Posibilidad de corregir errores del juez o de la administración / **PROCESOS DISCIPLINARIOS DE UNICA INSTANCIA** - El Procurador General es la máxima autoridad de la Procuraduría General de la Nación y el jefe del Ministerio Público ante lo cual no tiene instancia superior

La doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la Ley. Con este propósito, la doble instancia constituye una garantía contra la arbitrariedad, y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública. En la sentencia C- 429 de 2001, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del numeral 17 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, -que establece que "los procesos disciplinarios que asuma el Procurador General de la Nación serán de única instancia"-; la Corte Constitucional consideró que esa disposición no lesiona el ordenamiento supremo (particularmente los artículos 29 y 31 de la Carta) porque, siendo el Procurador General la máxima autoridad de la entidad que dirige y el Jefe del Ministerio Público, no tiene otra instancia superior y, por ende, sus decisiones solamente están sujetas a las acciones contenciosas administrativas establecidas en las normas pertinentes, las cuales pueden ser ejercidas por los procesados disciplinariamente, cuando consideren que se les han vulnerado sus derechos.

INDAGACION PRELIMINAR DE LA INVESTIGACION DISCIPLINARIA - El incumplimiento de los términos no afecta las garantías constitucionales / **DEBIDO PROCESO** - No se vulnera por el incumplimiento del término de la indagación preliminar

Resulta claro que el incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez. En ese mismo sentido se pronunció esta Corporación en providencia del 23 de mayo de 2011. Así las cosas, habida cuenta de i) que el objeto de la indagación preliminar eran las presuntas irregularidades que cometió la administración del ISS, al tramitar la licitación pública VA 0011 de 2002, la cual se abrió para "la adquisición, instalación y puesta en marcha de los equipos de imagenología y diagnóstico con destino a las clínicas del ISS, por un valor de \$19.300 millones de pesos", ii) que los presuntos implicados eran los directivos de ese Instituto, iii) el volumen de los documentos que se debían analizar, y iv) que ese proceso precontractual estaba revestido de una gran complejidad, no sólo por sus ingredientes técnicos sino también por su magnitud y la gran trascendencia administrativa, social y presupuestal que tuvo; la Sala considera que el hecho de que en este caso la indagación preliminar haya tardado 11 meses y 18 días no desconoce el derecho al debido proceso del actor, y tampoco causa la nulidad de la totalidad del proceso disciplinario que se adelantó en su contra a pesar de que, como bien lo sostuvo la Corte Constitucional, el proceder de la comisión investigadora al adelantar la fase de indagación por un lapso mayor a los 6 meses, no es lo deseable.

TERMINO DE LA INVESTIGACION DISCIPLINARIA - El vencimiento del plazo del proceso disciplinario no implica pérdida del competencia de la procuraduría, ni causal de nulidad

Siguiendo la línea argumentativa expuesta con anterioridad; sobre el término de la investigación disciplinaria (6 meses) esta Corporación ha sostenido que el solo vencimiento del plazo no implica la pérdida de competencia de la Procuraduría para actuar y tampoco se encuentra prevista como causal de nulidad del proceso disciplinario. Así, en un caso similar a éste, la Sala concluyó que si bien el término de la investigación disciplinaria excedió al previsto en la Ley, ello "no constituye una violación al debido proceso por dilación injustificada en el trámite de la investigación". Ese mismo razonamiento quedó consignado en la sentencia de 19 de mayo de 2011, en la cual esta Subsección consideró que si bien "el Investigador Disciplinario, efectivamente, excedió el término de seis (6) meses consagrado en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002" esa circunstancia objetiva, per se, no limita el ejercicio de su potestad disciplinaria, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que incidieron en el incumplimiento del término procesal.

DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración / DERECHO A LA IGUALDAD - Trato diferenciado a todos los investigados / DERECHO A LA IGUALDAD - No se vulnera porque los supuestos de hecho en la investigación eran diferentes y las consecuencias jurídicas no coinciden para los implicados. No advierte la Sala violación alguna al derecho a la igualdad por la decisión que adoptó la entidad demandada de terminar las diligencias respecto de quienes no encontró mérito para proferir cargos. Al contrario, lo que se evidencia es que la Procuraduría General de la Nación dio un tratamiento diferenciado a los investigados justificado porque la situación fáctica y jurídica en la que se encontraban la mayoría de ellos, era sustancialmente distinta a la del actor quien, para la época de los hechos que dieron origen al proceso disciplinario, se desempeñaba como Presidente del Seguro Social y tuvo injerencia directa y trascendental en la apertura de la licitación pública VA 011 de 2002. Analizado el auto de cargos, esta Sala considera que en el sub-lite la entidad demandada no violó el derecho a la igualdad, porque interpretó la Ley de la misma manera para todos los investigados sólo que, como los supuestos de hecho eran diferentes, las consecuencias jurídicas para el señor Fino y para los demás investigados de ninguna manera podían coincidir.

PRESUNCION DE INOCENCIA - Vulneración desvirtuada / PRESUNCION DE INOCENCIA - Principio que garantiza la legitimidad de las actuaciones públicas

Para la Sala la argumentación del actor es incoherente pues olvida que si la entidad que ejerce la potestad disciplinaria profiere un fallo sancionatorio, es precisamente porque encontró desvirtuada la presunción de inocencia. Adicionalmente el demandante confunde dicha presunción con "la reserva de la actuación disciplinaria" y con el principio de imparcialidad, los cuales son completamente distintos. En efecto, la presunción de inocencia es uno de los principios que expresan el criterio de legitimidad de las actuaciones públicas -administrativas y jurisdiccionales-, el cual se aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria.

NOTIFICACION - Comunicación de la decisión proferida por el juez o por la administración / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Notificación del acto administrativo al interesado / NOTIFICACIONES - Principal y subsidiarias / NOTIFICACION PERSONAL - Mayor conocimiento y convocatoria directa al proceso / NOTIFICACION CON NORMAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - Improcedente

La notificación es un trámite procesal que materializa el principio de la publicidad, en virtud del cual, las decisiones proferidas por el Juez o, en este caso, por el titular de la acción disciplinaria; deben ser comunicadas a las partes o a sus apoderados para que, conocidas por éstos, puedan hacer uso de los derechos que la Ley consagra para impugnarlas, aclararlas o, simplemente, para que, enteradas de su contenido, se dispongan a cumplir lo que en ellas se ordena. Dada la variedad de providencias que existen, de su contenido y de la oportunidad en la que se dictan dentro del proceso, el legislador estableció diversas formas de notificación, de las cuales una es la principal (la notificación personal) y otras son las subsidiarias (por edicto, por estado, por estrado y por conducta concluyente). De este modo, por encima de las formalidades que pretende el actor prevalezcan en este caso, relacionadas con la forma en la que se debe surtir la notificación personal, la Sala reitera que en nuestro ordenamiento jurídico, prevalece el derecho sustancial, al tenor de lo previsto en el artículo 228 de la Constitución. Y, como en el sub-lite el accionante conoció de la decisión y no se vislumbra violación alguna a sus derechos al debido proceso y a la defensa; no es dable afirmar que la actuación disciplinaria adolece de nulidad. Finalmente, sobre el argumento del demandante relacionado con la situación de detención domiciliaria que adujo para invocar la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Penal y así tachar de nulidad el trámite de la notificación; la Sala precisa que en este caso no son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, porque en materia de notificaciones, la Ley 734 de 2002 se aplica de preferencia al ser la norma especial. Y, si bien es cierto que el demandante se encontraba privado de la libertad, también lo es que gozaba del beneficio de la detención domiciliaria, lo que le permitió entrevistarse con el notificador quien fue hasta su residencia (lugar de la detención) y enterarse de primera mano de la decisión de la Procuraduría contenida en el proveído del 13 de febrero de 2007. Además, tal y como lo precisó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia al responder la solicitud que le elevó la Procuraduría General de la Nación para obtener la conducción del señor Fino Serrano a efectos de surtir la notificación; la decisión del 13 de febrero de 2007 no era de carácter penal. Si hubiere sido de tal naturaleza, necesariamente se imponía la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Penal, pero ello no resultaba viable en el caso del actor, habida cuenta de que se trataba de una decisión administrativa que confirmaba la imposición de una sanción disciplinaria. De este modo, las disposiciones que debían aplicarse en materia de notificaciones eran las de la Ley 734 de 2002 por ser expresas y especiales, sin que tuviera incidencia la investigación penal o la situación de privación de la libertad (en el domicilio) en la que se encontraba el actor.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 100 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 102 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 103 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 104 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 105 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 106 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 107 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 108 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 109

ESTUDIO PREVIO EN EL PROCESO DE CONTRATACION PUBLICA - Es un deber de la administración cumplir antes de la apertura del proceso de selección del contratista / VIOLACION LEGAL DE EFECTUAR LOS ESTUDIOS PREVIOS - Incide en la formación del contrato y en la etapa de ejecución / ESTUDIOS PREVIOS - Requisitos

Cabe precisar que la exigencia legal de efectuar estudios previos no nació con la expedición de la Ley 80 de 1993, pues la misma se ha contemplado reiteradamente en la legislación colombiana, en los distintos estatutos de contratación administrativa. En efecto, el artículo 72 del Decreto 150 de 1976 preceptuaba que "no podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos y determinados las demás especificaciones necesarias para su identificación". El mismo enunciado normativo se incorporó en el artículo 84 del Decreto - Ley 222 de 1983 y, finalmente, la Ley 80 de 1993, continuó con esa tradición jurídica. En vigencia del último cuerpo normativo, se expidió el Decreto 2170 de 2002, el cual regló de un modo más preciso la exigencia legal de los estudios previos. Sin embargo, la Sala no se referirá a éste por no encontrarse vigente al momento en el que se abrió la licitación VA 011 de 2002. De esta manera, los estudios previos constituyen un deber que la administración está obligada a cumplir antes de la apertura del proceso de selección del contratista, con el objeto de darle una mayor certeza a la relación contractual. La violación del deber legal de efectuar los estudios previos, vulnera los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, eficiencia, entre otros y, además, incide tanto en la etapa de formación del contrato, como en la etapa de ejecución. En la primera porque puede afectar el proceso de evaluación de las propuestas, por cuanto impide la comparación objetiva de las mismas; y, en la segunda, porque en el momento de la ejecución

del contrato las omisiones de la Administración por falta de estudios y diseños definitivos generan serias consecuencias, en desmedro del interés general, los fines de la contratación y el patrimonio público; pues en los más de los casos conducen a modificar los precios, las cantidades y las condiciones técnicas inicialmente pactadas, generan el incremento de los costos del proyecto y, en el más grave de los casos, conducen a la paralización del contrato o a la imposibilidad de cumplir su objeto, situaciones que generalmente culminan en cuantiosos pleitos judiciales.

FALSA MOTIVACION - Plantear el error de hecho o de derecho en que incurre la administración / FALSA MOTIVACION POR FALTA DE TIPIFICACION DE LA CONDUCTA - No motivado ni alegado en la demanda

Esta Sala precisa que el cargo que se estudia no está bien formulado, porque de acuerdo con la jurisprudencia de ésta Corporación, la falsa motivación como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. Estas circunstancias no fueron alegadas por el demandante en el cargo que nos ocupa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011).

Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00753-01(0532-08)

Actor: GUILLERMO FINO SERRANO

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala en única instancia¹, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, interpuesta por el señor Guillermo Fino Serrano contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

GUILLERMO FINO SERRANO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos²:

- El proferido por el Despacho del señor Procurador General de la Nación el 11 de octubre de 2006, mediante el cual le impuso las sanciones i) de destitución en el ejercicio del cargo de Presidente del Instituto de los Seguros Sociales y, ii) de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 12 años.

- El que dictó el Procurador General de la Nación el 13 de febrero de 2007, a través del cual resolvió el recurso de reposición que interpuso el actor, y confirmó en todas sus partes la decisión previamente señalada.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, el demandante pretende:

- Que se ordene el restablecimiento del derecho que le fue violado, dejando sin efecto las sanciones impuestas.

- Que se ordene a la Procuraduría General de la Nación, borrar la respectiva anotación de las sanciones.

- Que se condene a la entidad demandada a pagarle 1000 salarios mínimos, por concepto de los perjuicios morales que padeció como consecuencia de la expedición de los actos administrativos acusados.

- Que se condene a la Procuraduría General de la Nación a pagarle \$450.000.000 por concepto del lucro cesante y el daño emergente.

- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo³.

De manera subsidiaria, el actor pretende:

- Que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso disciplinario que se adelantó en su contra, por indebida notificación del acto administrativo del 13 de febrero de 2007; toda vez que no se cumplieron los requisitos establecidos en la Ley 734 de 2002, con lo cual se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

- Como consecuencia de la anterior declaración, pretende que se ordene al Procurador General de la Nación, llevar a cabo la notificación del acto administrativo del 13 de febrero de 2007, garantizándole su derecho al debido proceso⁴.

Para sustentar sus pretensiones, el demandante expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

- En el año de 1993, la Gerencia de la Clínica San Pedro Claver, envió a la Presidencia y Vicepresidencia del Instituto de los Seguros Sociales (ISS)⁵ un proyecto encaminado a llevar a cabo la reposición y adquisición de equipos para el departamento de radiodiagnóstico y radioterapia. Posteriormente envió otros proyectos de renovación de tecnología.

- En el mes de febrero de 1997, el doctor Álvaro Gutiérrez, Vicepresidente de la IPS, solicitó cotizaciones a las principales casas comerciales de mayor representación del País, para la adquisición de equipos de imagenología; información que posteriormente fue evaluada para iniciar los estudios del proyecto.

- Dicho estudio arrojó como conclusiones i) que el ISS se encontraba en un grave atraso de más de 30 años en relación a la tecnología de otros hospitales del País, ii) que existía una problemática en la contratación de todos esos servicios, pues los pacientes hospitalizados debían ser trasladados a otras instituciones para la realización de estudios en imágenes exponiéndolos a un inminente riesgo médico.

- El 21 de abril de 1997, se inició el proyecto de adquisición de equipos en "*imagenología para las clínicas del Seguro Social*". Al efecto, se efectuaron visitas a las clínicas de diferentes ciudades y seccionales, con el fin de obtener datos históricos y estadísticos en servicios de imagenología, y se elaboraron cuadros de factibilidad financiera para el proyecto.

- Con ocasión de las citadas visitas, se presentaron diversos reportes sobre i) la capacidad eléctrica de los hospitales, ii) el inventario nacional de los equipos existentes y, iii) el funcionamiento de los mismos. De ellos se confirmó el atraso tecnológico y las grandes dificultades que tienen las clínicas en la obtención de estudios imagenológicos de los niveles medio y alto.

- Los días 25, 26 y 27 de septiembre de 1997, en las instalaciones del Hotel Dann en Bogotá, se realizó un taller de análisis sobre la situación tecnológica de las clínicas y hospitales del ISS, en el cual participaron varios de los funcionarios de ese Instituto. Las conclusiones de dicho taller fueron enviadas a la Presidencia del ISS.

- Las Vicepresidencias Jurídica, Financiera y de Planeación del ISS, emitieron los respectivos conceptos y adelantaron estudios de mercados para la adquisición de equipos con las diferentes casas comerciales.
- En el mes de marzo de 1998, la Coordinadora de Servicios de imagenología, presentó ante el Vicepresidente de la OPS, el informe titulado "*proyecto de adquisición de equipos de imagenología*", el cual reposa a folios 7 al 9 del cuaderno 2 del expediente.
- El 5 de marzo de 1999, la Vicepresidencia del ISS elaboró un cuadro que contiene las necesidades de unidades en cada clínica del ISS, discriminando el tipo de equipo requerido⁶.
- El 30 de agosto de 2001, la Doctora Diana Cristina Rivas, "*Coordinadora Nacional de Servicios de Salud*", envió un listado de procedimientos quirúrgicos en espera para la red externa de prestadores de servicios de salud, del cual se infiere la deficiencia que tenía el ISS para la realización de exámenes de diagnóstico e imagenología.
- El 14 de noviembre de 2001, la doctora Carmenza Devia, Vicepresidenta de la IPS, elaboró un documento⁷ dirigido a los gerentes de las clínicas solicitándoles que en forma prioritaria enviaran las necesidades de equipos médicos hospitalarios que requerían para la prestación completa de servicios de salud.
- El 19 de noviembre de 2001, se elaboró la primera acta de reunión para la iniciación del proyecto de dotación con tecnología de uso médico hospitalario y apoyo a las instituciones prestadoras de servicios de salud del ISS, la cual está firmada por el consultor externo Ricardo Gailer.
- El 22 de noviembre de 2001, la Vicepresidencia de IPS, remitió un documento a la Presidencia del ISS, titulado "*equipamiento con dotación médica hospitalaria en las clínicas del ISS*", en el cual se discriminan los objetivos, marco legal de las posibles contrataciones, antecedentes técnicos y la propuesta de minuta del contrato.
- El 25 de noviembre de 2001, el doctor Mauricio Ramos, Jefe del Departamento Nacional Hospitalario, envió comunicación dirigida al señor Ricardo Gailer, Consultor Externo, en el cual hace entrega de las especificaciones técnicas básicas de las necesidades de dotación médica hospitalaria.
- Al día siguiente, Ricardo Gailer, envió comunicación a la Presidencia del ISS, en la cual le informó de las actividades relativas al proyecto de dotación hospitalaria, en la que se relacionaron entre otras, la actualización que efectuó la Vicepresidencia de IPS de las necesidades de las clínicas y de la consulta tecnológica de mercado de equipos médico-hospitalarios de alto costo.
- El día 3 de diciembre de 2001, la Vicepresidencia de IPS, envió carta dirigida a la directora jurídica nacional, en la cual relacionó una serie de parámetros a ser tenidos en cuenta para las futuras contrataciones.
- En su calidad de Presidente del ISS, con el fin de actualizar las necesidades en dotación y actualización de equipos, envió una comunicación a varias empresas, solicitándoles las diferentes alternativas tecnológicas existentes en el mercado, relacionadas con imagen de diagnóstico (análisis y estudio de las condiciones de mercado).
- Adicionalmente, a efectos de racionalizar el gasto, conformó un grupo de apoyo para el desarrollo del proyecto y, en diciembre de 2001, suscribió un documento técnico contentivo de la justificación para la adquisición de equipos de imagenología y diagnóstico al interior del ISS, en el cual se analizaron i) el estado actual de las tecnologías en las clínicas del ISS, ii) los indicadores internacionales y iii) el análisis costo - beneficio.
- En el mes de enero de 2002, la Dirección de Planeación Corporativa del ISS, informó que en el presupuesto para la vigencia fiscal de ese año, existía la respectiva apropiación presupuestal para el plan de dotación de clínicas y la correspondiente ficha técnica.
- En el mes de agosto de 2002, la situación de atraso tecnológico no había cambiado.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

A juicio del actor, los actos administrativos demandados desconocen las siguientes disposiciones⁸:

- De la Constitución Política, los artículos 13, 29 y 277.
- Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 84.
- De la Ley 734 de 2002, los artículos 5, 6, 8, 9, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 100 a 107, 150 y 152.
- De la Ley 80 de 1993, el artículo 25, numerales 7 y 12.
- De la Ley 600 de 2000, el artículo 310.
- De la Ley 200 de 1995, el artículo 140.
- Del Código de Procedimiento Penal, los artículos 177, 178 y 184.
- Del Decreto 2179 de 2002, el artículo 8.

Sustentó el concepto de la violación mediante extensos argumentos que agrupó en diez "*cargos*",⁹ los cuales se dejarán enunciados como aparece a continuación. La Sala precisa que, para efectos metodológicos, en el acápite de las consideraciones se referirá *in extensu* a los argumentos que expuso el demandante¹⁰.

En ese orden, en criterio del señor Guillermo Fino Serrano los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad porque:

1. La entidad demandada le vulneró los derechos al debido proceso y a la defensa y, además, desconoció el bloque de integración normativa¹¹. Al efecto, manifestó que:

1. Hubo una falla exclusivamente imputable a la comisión investigadora, pues se abstuvo de practicar una prueba que ordenó el señor Procurador General de la Nación: No incorporó al expediente el informe que rindió Ricardo Gailer y, en consecuencia, la sanción se fundamentó en un supuesto fáctico inexistente.

2. Le violó la garantía del Juez Natural: no le respetó la doble instancia.

1.3Desconoció los términos para investigar y para practicar pruebas.

1.4 Ordenó el cierre de la investigación sin haber culminado la ampliación de la versión libre.

1.5 Desconoció los principios fundamentales que deben orientar el proceso disciplinario, contemplados en la Ley 734 de 2002, a saber:

1.1.1 El principio de ilicitud sustancial (artículo 5).

- 1.1.2 El derecho al debido proceso (artículo 6).
- 1.1.3 La garantía del Juez Natural.
- 1.1.4 El derecho a rendir la versión libre sin apremios.
- 1.1.5 La dignidad humana (artículo 8).
- 1.1.6 La presunción de inocencia.
- 1.1.7 La duda razonable.
- 1.1.8 El principio de celeridad (artículo 12).
- 1.1.9 El principio de favorabilidad (artículo 14).
- 2.2.0. El principio de igualdad (artículo 15).
- 2.2.1 El derecho a la defensa (artículo 16).
2. El principio de proporcionalidad (artículo 18).
3. El principio de interpretación de la Ley disciplinaria (artículo 20).
4. El principio de integración normativa.
- 2.2.5. No le notificó en debida forma, el fallo definitivo que le impuso la sanción.
2. Los actos administrativos demandados adolecen de "*falsa motivación*", porque:
 2. Sí existen los estudios previos a la apertura del proceso de licitación VA 011 de 2002.
 3. La sanción que le fue impuesta estuvo sustentada en supuestas afirmaciones que nunca fueron expresadas por el señor Ricardo Gailer y, en consecuencia, el señor Procurador General profirió un fallo contrario a la realidad de los hechos.
 4. Las consideraciones de la Procuraduría son absolutamente contradictorias, y carecen de los elementos fácticos y jurídicos que permitan configurar la tipicidad necesaria para sancionar.
 5. Con la expedición de los actos demandados la entidad demandada vulneró normas superiores y desconoció i) el derecho al debido proceso y, ii) el contenido de una sentencia de revisión de constitucionalidad que es de obligatorio cumplimiento (C-818 de 2005) y que desde su expedición está integrada al bloque de constitucionalidad.
 6. La contratación de la asesoría del señor Ricardo Gailer, era necesaria para efectos de preparar el estudio previo.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, mediante escrito¹² en el que se opuso a las pretensiones formuladas por el actor.

Adujo que las providencias proferidas dentro del proceso disciplinario tuvieron fundamento en las normas legales vigentes "*en forma coherente y concordante y en las circunstancias fácticas concretas que aparecían demostradas en el proceso disciplinario. Por tanto, no es cierto como se afirma en el libelo de la demanda, que se hayan violado las normas constitucionales y legales que se citan*".

Sostuvo que como los actos demandados se sujetaron a la constitucionalidad y a la legalidad, son eficaces y deben producir efectos normales. Adicionalmente, indicó que la decisión adoptada mediante esos fallos, está soportada en i) razones y explicaciones convincentes, ii) argumentos jurídicos y fundamentos que surgen del expediente y; iii) en el análisis de las pruebas y la tipificación de conductas irregulares.

Agregó que dentro del trámite de la investigación disciplinaria se observaron las reglas de legitimación, representación, notificaciones, términos para pruebas, competencias, recursos e instancias; las cuales han sido establecidas por el legislador en beneficio del administrado, para asegurar la vigencia de los fines estatales y salvaguardar los derechos de los asociados.

Indicó que el demandante tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones e igualmente de presentar y solicitar las pruebas que demostraran sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, y que se respetaron los términos y las etapas procesales.

En ese orden de ideas, afirmó que los actos administrativos sancionatorios que en este caso se cuestionan, fueron proferidos en ejercicio de la función de indagación disciplinaria preferente y de ninguna manera se trata de actos arbitrarios o caprichosos, por lo que conservan la presunción de legalidad. En ese orden de ideas, manifestó que si de la investigación seguida contra al demandante surgió una sanción disciplinaria, ello no puede considerarse causa de un daño o perjuicio.

En lo que tiene que ver con el caso concreto, sostuvo que carece de veracidad la afirmación del demandante, en el sentido de que la providencia que resolvió el recurso de reposición no le fue notificada personalmente. Todo lo contrario: dentro del expediente obran documentos que demuestran i) la negativa del actor para notificarse, hasta tal punto que un agente de Policía tuvo que dejar constancia sobre esa situación y, ii) que al señor Guillermo Fino se le entregó dicha providencia y así se enteró de su contenido, pero se negó a firmar. Sobre este aspecto, sostuvo que nadie puede alegar su propia culpa para obtener provecho.

Manifestó que la prueba testimonial que aduce el demandante -correspondiente a la declaración del señor Ricardo Gailer-, no demuestra por sí sola su inocencia y, además, dentro del proceso disciplinario obran muchas otras pruebas que acreditan la responsabilidad en la que incurrió.

Señaló que el hecho de que la apreciación del actor no coincida con el análisis integral de las pruebas que hizo la Procuraduría, no constituye una vulneración de los principios que orientan la investigación disciplinaria. Y agregó que "*los argumentos jurídicos utilizados por el demandante, en el sentido de que no se le dio a la prueba testimonial del señor Ricardo Gailer el valor o alcance demostrativo que tenía, para simplemente hacer valer su propio criterio en franco detrimento del principio de presunción de inocencia, resultan irrelevantes para el Derecho Disciplinario*".

Respecto de la reparación del daño solicitado en la demanda, afirmó que el señor Guillermo Fino i) no indicó en qué consiste el perjuicio que se

le causó, ii) en cuanto al presunto daño, olvidó que en su calidad de servidor público, debía soportar no solo la investigación disciplinaria, sino todas las consecuencias derivadas de ella.

Manifestó que durante el curso del proceso, le respetó los derechos a la defensa, cumplió con todos los principios constitucionales derivados del derecho al debido proceso como garantía de la organización de la sociedad y observó las formas propias de cada juicio.

Señaló que lo que adujo el actor en el concepto de las normas vulneradas fue resuelto dentro del desarrollo del proceso disciplinario y que, como la Procuraduría General de la Nación no vulneró ningún principio, derecho o garantía procesal, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Adicionalmente, propuso las siguientes excepciones:

- "Caducidad". Al efecto, indicó que el acto administrativo impugnado fue notificado el 28 de febrero de 2007 y la demanda fue presentada el 16 de octubre de ese mismo año, es decir, 8 meses después.

- "Falta de causa para pedir". Afirmó que el proceso disciplinario se adelantó con observancia de la Constitución y de la Ley.

- "Inepta demanda". Sostuvo que el actor no presentó la demanda en debida forma, pues no cumplió con los requisitos establecidos en los artículos 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo.

Al efecto, manifestó que el señor Guillermo Fino a) no citó los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción *"en referencia al proceso disciplinario, pues si se observa, los hechos que se consignan en el escrito de la demanda, solo hacen alusión a unos antecedentes dentro del proceso de contratación que dieron origen a la apertura de la licitación VA11 y, b) no cumplió con lo previsto en el artículo 138 del C.C.A, porque solo demandó el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición y no la providencia de única instancia, es decir el acto principal.*

"La genérica". Solicitó declarar probada toda aquella que se demuestre en el desarrollo del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término probatorio, tanto el actor como la Entidad demandada presentaron alegatos de conclusión dentro del término que se les concedió para el efecto¹³.

1. Alegatos del señor Guillermo Fino Serrano.

Se refirió a cada uno de los testimonios que se practicaron en esta instancia, en los siguientes términos:

a). Declaración del doctor Carlos González¹⁴.

- Afirmó que el testigo *"manifestó dos mentiras"*, dado que al ser interrogado sobre el objeto de la investigación disciplinaria, señaló que i) el proceso tenía que ver con la adquisición de droga por un valor aproximado de 19 mil millones de pesos y ii) que no recordaba el tipo de medicamentos que se encontraban dentro de la relación.

Indicó que, además de que dichas afirmaciones son falsas, demuestran la mala fe del declarante y la intención de confundir al Despacho.

- De otro lado, señaló que cuando al doctor González se le preguntó sobre la practica de la prueba para determinar la existencia de los estudios previos; contestó de manera vaga y confusa que *"si el objeto de la investigación estaba referida (sic) a la falta de estudios previos de esa licitación, por supuesto que sí. Pero adicionalmente quiero decir al despacho que se está preguntando con milimetría aspectos que deben reposar en el expediente"*.

Dijo: *"esta respuesta reafirma lo que se encuentra en el expediente y es que los estudios previos efectivamente se realizaron y que una de las pruebas ordenadas por el despacho del Procurador General que era establecer el informe final de la gestión de un asesor, que había sido contratado por el ISS, para el efecto, el señor RICHARD (sic) GAILER, NUNCA SE PRACTICÓ POR LA COMISIÓN INVESTIGADORA"*.

- Agregó que el declarante, i) no pudo identificar la ilicitud sustancial ni la norma constitucional violada, ii) no fue capaz de identificar si el pliego de cargos y la Resolución de sanción se ajustaron a los parámetros que exigen las sentencias C- 475 de 2004 y C - 818 de 2005 y, iii) no recordó el concepto técnico que rindió el doctor Carlos Enrique Palacios, a pesar de que fue él quien adelantó la investigación.

b). Declaración de Nubia Vidal.

- A su juicio, la afirmación de la testigo según la cual en *"criterio de los funcionarios de la Procuraduría, y a la luz de la normatividad vigente, no se habían adelantado los estudios previos correspondientes"*, confirma que el pliego de cargos se sustentó en un criterio de los investigadores, el cual fue ampliamente cuestionado por los servidores públicos del ISS, en el que se olvidó que para la época de la licitación existían 54.000 diagnósticos atrasados, y que existen abundantes pruebas que acreditan que si existieron los estudios previos.

- Afirmó que la testigo decidió *"motu proprio"*, justificar la no necesidad de la licitación, al comparar la adquisición de los equipos de imagenología de una institución con 900.000 pacientes, 34 clínicas y 54 diagnósticos atrasados, con la compra de un apartamento tal y como se aprecia en el folio 719.

- Con fundamento en lo anterior, sostuvo que *"esta declaración dimensiona exactamente la calidad de la testigo, una funcionaria que olvida que la prestación del servicio de salud es una obligación del estado, un derecho fundamental de los ciudadanos afiliados al ISS, que estos equipos eran vitales para preservar la vida de 685.000 ancianos afiliados al ISS, decide justificar su actuación con el pobrísimo argumento que comprar estos equipos era como dotar un apartamento, ello muestra a la clara la suficiencia técnica de la testigo y el oscuro interés que se tenía de echar abajo la licitación pública sin razones realmente poderosas que impidieran su realización.*

(...)

Podría decirse señor Magistrado, que la opinión discrecional de una funcionaria de la Procuraduría de comparar la compra de un apartamento con la adquisición de los equipos objeto de la licitación, pueden quitarle paso al informe presentada (sic) por la coordinadora del servicio de imagenología de la clínica San Pedro Claver, que angustiosamente afirma que en el año 2002, al dirigirse al nuevo presidente del ISS que es necesario adquirir equipos, porque los que posee la entidad "son equipos cada vez más viejos, las clínicas como es el caso de la San Pedro Claver presentan daño del 60% de sus equipos con irregularidad en el mantenimiento de los mismos, las dificultades en la prestación de los

servicios, siendo la prioridad el realizar una medicina acorde con el desarrollo tecnológico que brinde a nuestros afiliados oportunidad, seguridad y eficacia"

Esta desafortunada afirmación de la testigo, muestra la ausencia de objetividad en la investigación adelantada y por supuesto reafirma nuestras opiniones sobre la falsa motivación de los actos objeto del proceso disciplinario.

- Dijo que al preguntársele a la testigo si sabía que los equipos que ella había cuestionado por innecesarios habían sido comprados con posterioridad por el ISS, manifestó *"no sé, no me consta, y en caso tal que hubiera ocurrido, no era objeto de investigación"*. Afirmó que tal respuesta demuestra que la falacia de las afirmaciones de la declarante quien *"decide esconderse en la ignorancia de los hechos ocurridos con posterioridad a su investigación, que desbaratan totalmente los argumentos esgrimidos para soportar el pliego de cargos y la resolución de sanción"*.

Manifestó:

"esta parte del testimonio demuestra a leguas la falsa motivación que sustentaron los actos que dieron lugar a la aplicación de la sanción, es decir, sabiendo, como se le recuerda, por el abogado de la parte demandante, a folio 722, que el señor NODIER FIERRO, así lo había manifestado, se defiende, manifestando que la compra posterior no desvirtuaba la falta cometida por el Dr. Fino."

Sostuvo que la sanción se le impuso discrecionalmente *"aún sin haber causado un solo peso de detrimento patrimonial al Estado, pero si con posterioridad y con los mismos elementos de juicio, los mismos equipos se compran por otros funcionarios, los equipos ya son necesarios y tienen los estudios previos necesarios"*

- En su criterio la testigo considera erróneamente, que la ilicitud sustancial no es un requisito ni para formular cargos, ni para aplicar la sanción, tal y como se desprende de su declaración *"en mi concepto muy personal, si el Dr. Fino hubiera alcanzado a adjudicar la licitación y si hubiera comprado los equipos si probablemente se hubiera causado un detrimento en atención a que todo soporte probatorio indicaba que había necesidades de mucha mayor importancia que la compra de dichos equipos"*

Con fundamento en lo anterior, dijo que la declarante reconoce i) que no existió ningún detrimento patrimonial, ii) que el origen de la sanción es, al parecer de la funcionaria, (sic) la compra de equipos prioritarios y, iii) si existía soporte probatorio para adquirir dichos equipos. Al efecto, la testigo afirmó: *"que todo soporte probatorio indicaba que había necesidades de mucha mayor importancia que la compra de dichos equipos"*

c). Declaraciones de Víctor Guaya (sic)¹⁵, Javier Pérez y Darío Forero Martínez¹⁶

Afirmó que esos testimonios son fundamentales y permiten reiterar que la Procuraduría General de la Nación le vulneró el derecho al debido proceso, pues no le notificó en debida forma (esto es, personalmente), el fallo definitivo que le impuso la sanción. Al efecto, manifestó que la entidad demandada, no le envió una citación previa para que se pudiera surtir la notificación personal en clara violación del artículo 107 del C.D.U.

Sobre el particular, reiteró los argumentos que expuso en la demanda y manifestó que la notificación efectuada por la entidad demandada, es totalmente contraria a lo exigido por las disposiciones de la Ley 734 de 2002 que, en esta materia, remiten al Código de Procedimiento Penal. Preciso que la Procuraduría vulneró los citados cuerpos normativos porque:

i) No lo citó para que conociera el contenido del fallo en la forma prevista en el artículo 107 del C.D.U., y tampoco se surtió la notificación por edicto (artículos 201, 204 y 205 del C.D.U.)

ii) No dejó la constancia secretarial en el expediente sobre el envío de la citación.

iii) No citó ni notificó del fallo a ninguno de los apoderados que lo asistían en el proceso disciplinario.

iv) Cuando se presentaron dos funcionarios de la Procuraduría General a su domicilio, no le leyeron íntegramente la providencia ni le permitieron a él hacerlo, razón por la cual se negó a la notificación.

v) Violó el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal porque encontrándose privado de la libertad, la Procuraduría no dejó constancia ni en la Dirección General, ni en la oficina jurídica del establecimiento de reclusión (cárcel la Picota) de que se hubiere radicado copia de la parte resolutive de la providencia comunicada y, además, omitió dejar la constancia de si se había logrado o no la notificación personal.

Agregó que lo anterior genera una nulidad procesal y solicita que ésta sea declarada¹⁷.

Para concluir lo relacionado con estas declaraciones, enumeró providencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que se refieren al tema de la notificación personal¹⁸ y, además, citó¹⁹ unos extractos de la página web de la Procuraduría General de la Nación, sobre el procedimiento que deben seguir los funcionarios para realizar las notificaciones.

Por otra parte el demandante incluyó en sus alegatos un *"breve análisis del escrito que el Delegado de la procuraduría adjuntó, en la presente etapa del proceso, en relación con un peritaje que rindió dentro de la investigación y sobre el cual se pronunció por escrito"*.

Sobre el particular, manifestó que *"el delegado de la Procuraduría, CARLOS ENRIQUE PALACIOS, remitió el 10 de diciembre un memorial a su despacho, tratando de desvirtuar el dictamen pericial que en su momento procesal rindió como funcionario de la oficina de investigaciones especial (sic) de la Procuraduría General. Me referiré a él porque el funcionario de la Procuraduría, que debía actuar con estricto apego a la Constitución y a la Ley, simplemente FALTA A LA VERDAD en varias de sus apreciaciones"*, como aquella según la cual el documento exhibido, no fue producido en el escenario del proceso disciplinario ni se consideró como prueba en dicha actuación. Al efecto, transcribió algunos apartes de los alegatos de conclusión que presentó en sede administrativa y agregó que dicho peritaje *"fue incluido expresamente como referencia en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que se interpuso ante el H. Consejo de Estado"*²⁰

Concluyó:

"Cabe anotar H. señor Magistrado, que transcurridos casi 7 años desde que este proceso se inicio (sic) en todos los escritos remitidos a la Procuraduría General, a los Tribunales y al H. Consejo de Estado se incluyó una nota similar [a la contenida en el folio 36 de la demanda], sin que en ninguna de dichas ocasiones se hubiese pronunciado el señor Perito PALACIO o el funcionario de la Procuraduría, para desmentir esta prueba, que consideramos contundente."

No quiero profundizar en contradecir el resto de vaguedades, incluidas en el documento del Dr. Palacios, porque considero, que esta (sic) grave falta a la ética con la que deben actuar los funcionarios, especialmente de la Procuraduría, no merece más comentarios, aunque si un reparo disciplinario que ojalá se tramité (sic)".

2. Alegatos de la Procuraduría General de la Nación.

Reiteró los argumentos y las excepciones que expuso en la contestación de la demanda. Enfatizó en que las pretensiones no pueden prosperar, toda vez que al demandante no se le vulneró el derecho al debido proceso y en toda la actuación disciplinaria se respetaron las normas y garantías procesales.

Respecto de las pruebas practicadas en el proceso judicial, sostuvo que:

- i) Los documentos que integran el expediente de la actuación disciplinaria y las declaraciones de los testigos²¹; demuestran que la providencia que resolvió el recurso de reposición que interpuso el señor Fino Serrano contra el fallo disciplinario, fue notificada personalmente, al punto que la Policía Nacional dejó constancia de ello. Explicó que la prueba testimonial acredita la actitud de Guillermo Fino Serrano, tendiente a dilatar -innecesariamente- el trámite de la actuación surtida y, en ese orden, no le vulneró el derecho al debido proceso.
- ii) Las declaraciones de Nubia Vidal Pinzón y Carlos Humberto González, precisan detalles acerca del trámite disciplinario y acreditan: a. la imparcialidad con la que el mismo se adelantó, b. los motivos por los que se inició, y c. la forma en la que concluyó, en cuanto nunca se realizaron los estudios que exige la Ley 80 de 1993 para efectos de poder adquirir los equipos de imagen, "a pesar de la información que se recopiló a lo largo de más de cinco años de administraciones anteriores, con el fin de definir exactamente qué categoría de equipos se requerían, no se contó por ejemplo con las observaciones que al respecto planteaban los despachos competentes tales como la Vicepresidencia de IPS, o de personas que brindaron información al proceso en su oportunidad como Álvaro Vélez y Nodier Giraldo".
- iii) A través del informe que rindió en su calidad de apoderado de la Procuraduría General de la Nación, "se pudo establecer que la documentación a la que aludía el doctor FINO SERRANO constituía un estudio técnico, en realidad no lo fue y los documentos examinados no lo conformaban, no obstante aclarar o reiterar que había suficiente información recopilado (sic) que permitiera deducir los eventuales equipos que fueran objeto de adquisición"
- iv) Se demostró claramente que con ocasión de la necesidad planteada al Interior del Instituto de Seguros Sociales de renovar el equipo de imagenología a lo largo de varios años por diversas dependencias de la entidad, "soportado en documentos técnicos elaborados por las dependencias competentes, el disciplinado, ahora accionante, optó por darle relevancia a un consultor asesor del demandante, señor RICARDO GAILER, con cuyo sustento optó por abrir a licitación la adquisición de los equipos requeridos, ignorando por completo lo dicho en tales antecedentes y sin convocar a las dependencias competentes existentes al interior de la entidad ISS con el fin de definir clara y adecuadamente los equipos que se debían adquirir y adelantar el respectivo estudio de costos y de necesidad en los términos de la Ley 80 de 1993".

Finalmente, sostuvo que i) no existió vulneración del orden jurídico, pues ninguna de las disposiciones que el actor estima violadas fue desconocida por la Procuraduría General de la Nación, ii) el señor Guillermo Fino Serrano invocó una serie de hechos y situaciones en la demanda, que no fueron planteados en sede administrativa, de manera que no agotó en debida forma la vía gubernativa, desconociendo de esta manera, lo previsto en los artículos 51 y 135 del C.C.A, en armonía con el artículo 115 de la Ley 734 de 2002 y, iii) el demandante no logró desvirtuar las presunciones de legalidad y de acierto que amparan a los actos administrativos demandados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, rindió concepto mediante escrito²² en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, se refirió a la caducidad de la acción y consideró que en este caso no se configuró. Al efecto, señaló:

- i) Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A, los 4 meses (término de caducidad), se cuentan desde la ejecutoria del acto, "es decir, desde la fecha en que se notifica, comunica o publica la decisión administrativa"
- ii) Que de la constancia que obra a folio 284 se evidencia: a). que el 13 de febrero de 2007 la Secretaría de la Oficina de Asesores del Despacho del Procurador General de la Nación, intentó notificar personalmente al señor Guillermo Fino Serrano, del fallo que resolvió la reposición que interpuso contra el acto sancionatorio y, b). que el investigado se negó a firmar la notificación.
- iii) Que lo anterior fue corroborado por el agente de Policía Fabio Parada y, por ello, la Procuraduría General de la Nación entendiendo que se surtió la notificación, estimó que a partir del 28 de febrero de 2007 quedaba ejecutoriada la providencia para efectos de caducidad.
- iv) Que no comparte el planteamiento de la entidad demandada, porque como el señor Guillermo Fino Serrano designó apoderado para que lo representara, la notificación debió surtirse con él directamente, salvo que no haya podido comparecer (previa citación por parte de la Procuraduría), supuesto que no se demostró.
- v) Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 107 de la Ley 734 de 2002, en este caso, ante la imposibilidad de llevar a cabo la notificación personal, era obligatoria la notificación por edicto.
- vi) Que si bien el demandante se negó a notificarse del contenido de la decisión, también lo es que tenía derecho a que la notificación se surtiera sola o conjuntamente con su apoderado.
- vii) Que, en ese orden de ideas, la notificación de la aludida decisión se surtió por conducta concluyente, tal y como se desprende del hecho de que el actor presentó una demanda ante esta jurisdicción. De ese modo, el término de caducidad no se puede contabilizar desde la certificación del 28 de febrero de 2007 y, por ende, en este caso la acción no caducó.

En segundo término, la Vista Fiscal se refirió al fondo del asunto, tal y como pasa a exponerse.

- i) Indicó que la Procuraduría General de la Nación, cuestionó la conducta del señor Guillermo Fino Serrano, porque en su calidad de Presidente del ISS, ordenó abrir la licitación pública VA 011 de 2002, sin cumplir con los estudios previos necesarios.

Manifestó que a pesar de que el demandante afirma que dichos estudios si fueron elaborados, del contenido de los fallos proferidos por la Procuraduría General de la Nación, se desprende claramente que esa entidad valoró correctamente las pruebas, entre otras el testimonio del señor Héctor Cadena, quien en calidad de Presidente del ISS "afirmó que el comité técnico encargado del proceso licitatorio VA011 de 2002, basado en el informe del 13 de septiembre de 2002, le comunicó que respecto del proceso licitatorio no existían informes técnicos, por ende, tampoco documentos que sustentaran la conveniencia de la contratación, como estudios de mercado frente al pliego de condiciones y, por el contrario, lo que se encontró fueron modificaciones a las especificaciones técnicas sin elaboración de adendas, hasta el punto de encontrar

actas sin firmar, ausencia de catálogos etc, afirmación que tuvo como respaldo, lo dicho por los señores Álvaro Vélez, Gerente Nacional de Servicios Hospitalarios y Nodier Martín Fierro, Director Nacional de Planeación de la Vicepresidencia del ISS"

Sostuvo que dichos funcionarios corroboraron, bajo la gravedad de juramento, las irregularidades que se presentaron en el proceso de contratación, pues afirmaron que a) las necesidades de las clínicas no coincidían con los equipos que se pretendían adquirir a través de la licitación objeto de cuestionamiento y, b) que como el estudio que elaboró la doctora Patricia Castro, fue presentado para los años 1997 a 1998, no podía ser tenido en cuenta para la licitación VA011, que se abrió en el año 2002.

Agregó que a pesar de que el demandante argumentó que el informe técnico que rindió el investigador Carlos Palacios evidencia que si se elaboraron los estudios técnicos correspondientes; debe tenerse en cuenta la constancia que se dejó en dicho informe la cual es del siguiente tenor:

"en la documentación puesta a disposición, no existe documento que podamos, considerarlo estudio previo técnico de soporte, que sirviera de base para realizar la licitación VA 011 del 2002 del Instituto de los Seguros Sociales, así como para la afirmación realizada en la Resolución 4037 de 30 de septiembre de 2002".

De otro lado, frente a la declaración rendida por el señor Ricardo Gailer quien, según el demandante, preparó y entregó el documento que justificaba la conveniencia de la adquisición del objeto de la licitación; indicó que la Procuraduría General de la Nación no la tuvo en cuenta al considerar que desde el punto de vista documental no existió tal estudio y, por el contrario, hay otros documentos provenientes de la Vicepresidencia de IPS, que demuestran cuáles eran en realidad los requerimientos de la entidad en materia de equipos médico quirúrgicos.

Agregó que en este caso hubo ilicitud sustancial, pues se acreditó el incumplimiento del deber funcional, tal y como lo consideró la entidad demandada.

ii) En cuanto a la prueba que a juicio del actor, fue decretada por la Procuraduría pero no se practicó²³, explicó que este asunto no se alegó en sede administrativa y, por ello, mal puede el demandante argumentarlo en éste proceso.

iii) En lo que tiene que ver con la violación al principio de la doble instancia, sostuvo que no se configura la nulidad que alega el actor, porque la actuación disciplinaria la tramitó directamente el señor Procurador General de la Nación, para garantizar el desarrollo de un proceso imparcial y transparente en atención al cargo que ostentaba el disciplinado. Aclaró que si bien la entidad demandada, mediante auto del 19 de marzo de 2003, designó a unos asesores en contratación estatal, se entiende que lo hizo con base en el artículo 7 numeral 19 del Decreto 262 de 2000.

Adicionalmente, precisó que el señor Procurador General de la Nación comisionó a los asesores del Despacho para adelantar las diligencias y practicar las pruebas, pero las decisiones sancionatorias las adoptó directamente, garantizando los principios antes mencionados.

iv) Concluyó que la entidad demandada, tipificó la conducta, calificó la falta, sustentó sus decisiones con el acervo fáctico y probatorio allegado al proceso, hizo la valoración correspondiente e impuso la sanción de destitución, garantizando en todo tiempo los derechos al debido proceso y a la defensa.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del cual se ocupará la Sala consiste en determinar si los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales fue sancionado²⁴ el señor Guillermo Fino Serrano, se ajustan a la Constitución y a la Ley.

Previo a decidir la cuestión planteada, la Sala se pronunciará sobre las excepciones propuestas por la entidad demandada, tal y como pasa a exponerse.

1. De las excepciones propuestas por la Procuraduría General de la Nación.

1. De la caducidad de la acción.

En criterio de la Procuraduría, la acción incoada por el señor Guillermo Fino Serrano caducó, toda vez que el acto administrativo impugnado fue notificado el 28 de febrero de 2007 y la demanda fue presentada el 16 de octubre de ese mismo año, es decir, 8 meses después.

A su turno, el Agente del Ministerio Público ante esta Corporación dijo que no comparte el planteamiento de la entidad demandada, porque como el señor Guillermo Fino Serrano designó apoderado para que lo representara, la notificación debió surtirse con el mandatario, salvo que éste no haya podido comparecer, supuesto que no se demostró.

Adicionalmente, a juicio de la Vista Fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 107 de la Ley 734 de 2002, en este caso, ante la imposibilidad de llevar a cabo la notificación personal, era obligatoria la notificación por edicto. Y, si bien el demandante se negó a notificarse del contenido de la decisión, también lo es que tenía derecho a que la notificación se surtiera sola o conjuntamente con su apoderado.

En ese orden de ideas, el Ministerio Público concluyó que la notificación de la providencia que resolvió el recurso de reposición que interpuso el demandante contra el acto que lo sancionó, se surtió por conducta concluyente²⁵ y, por ende, la acción no caducó.

Ahora bien. Previo a resolver la excepción propuesta, la Sala precisa que los cuestionamientos formulados por el demandante al trámite de la notificación de la decisión del 13 de febrero de 2007²⁶, se analizarán cuando se estudie el fondo del asunto, por constituir uno de los argumentos mediante los cuales el actor debate la legalidad de los actos demandados.

Sin embargo, para el tema que ocupa la atención de la Sala, esto es, la caducidad de la acción; ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

i) De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., el término de caducidad de 4 meses se cuenta a partir del día siguiente al de la notificación del acto.

ii) De conformidad con la constancia visible a folio 125 del cuaderno principal del expediente, la providencia que resolvió el recurso de reposición que interpuso el señor Fino Serrano contra la decisión sancionatoria; fue notificada el 28 de febrero de 2007 y,

iii). La demanda fue presentada el 25 de junio de 2007²⁷ (no el 16 de octubre, como equivocadamente afirmó la entidad demandada).

De este modo, como el plazo con el que contaba el demandante para presentar la demanda vencía el 3 de julio²⁸ de 2007 y él interpuso la acción el 25 de junio de 2007, en el caso concreto no operó la caducidad.

1.2 De la "falta de causa para pedir".

La Procuraduría General de la Nación afirma que en este caso al demandante *"no le asiste causa para pedir"*, porque el proceso disciplinario que se adelantó en su contra, se tramitó con sujeción a la Constitución y a la Ley.

Por tratarse de una excepción que está íntimamente ligada con el fondo del asunto, la Sala resolverá sobre la misma cuando proceda a decidir sobre éste.

1.3. De la excepción de *"Inepta demanda"*.

En criterio de la Procuraduría, el actor no presentó la demanda en debida forma, pues no cumplió con los requisitos establecidos en los artículos 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo.

Al efecto, manifestó que el señor Guillermo Fino Serrano a) no citó los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción, *"en referencia al proceso disciplinario, pues si se observa, los hechos que se consignan en el escrito de la demanda, solo hacen alusión a unos antecedentes dentro del proceso de contratación que dieron origen a la apertura de la licitación VA11"* y, b) no cumplió con lo previsto en el artículo 138 del C.C.A, porque solo demandó el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición y no la providencia de única instancia, es decir el acto principal.

Revisado el contenido de la demanda y del escrito de corrección a la misma, la Sala advierte que el actor incluyó un capítulo que tituló *"los hechos que son fundamento de la acción"*. Si bien es cierto que en este acápite relacionó los antecedentes fácticos del proceso de licitación VA11, también lo es que, más adelante, al explicar los *"fundamentos de derecho"* se refirió a la actuación de la demandada en el proceso disciplinario y, de este modo, cumplió con la exigencia prevista en el numeral 3 del artículo 137 del C.C.A.

De otro lado, en el escrito de corrección a la demanda visible a folios 387 a 503 del cuaderno principal del expediente, el demandante individualizó los actos administrativos cuya nulidad pretende, y así cumplió lo dispuesto en el artículo 138 del C.C.A.

Así las cosas, la excepción que se estudia no puede prosperar.

Ahora bien. Comoquiera que en este caso el demandante cuestiona la legalidad de dos decisiones proferidas por la Procuraduría General de la Nación, la Sala debe precisar el alcance de la competencia de esta Corporación en materia del control al ejercicio de la potestad disciplinaria y, posteriormente, analizará los cargos planteados en la demanda junto al material probatorio que obra en el expediente de la referencia.

2. Sobre la función constitucionalmente atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, relativa al control judicial de la potestad disciplinaria.

Esta Sección ha señalado reiteradamente²⁹ que según el diseño Constitucional, la Procuraduría General de la Nación tiene la titularidad de la acción disciplinaria y goza de un poder preferente, que no excluye la facultad atribuida a algunas entidades para ejercerla directamente, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Al respecto, resulta pertinente reiterar lo que expresó la Sala en el fallo de 3 de septiembre de 2009³⁰ en la cual consideró:

"De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso."

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

(...)

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa prueba hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional (...) no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de un mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U." (Negrillas de la Sala).

Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la Ley.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas.

En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento del control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario.

Dentro del anterior marco, la Sala abordará el estudio del caso concreto. Para ello, analizará conjuntamente los cargos propuestos por el demandante, los argumentos de defensa expuestos por la entidad demandada y, el caudal probatorio obrante en el expediente.

1. Del caso concreto.

A juicio del actor, los actos demandados están viciados de nulidad porque, con su expedición, la Procuraduría General de la Nación incurrió en falsa motivación y, además, le vulneró los derechos al debido proceso y a la defensa.

Antes de abordar el estudio de cada uno de los fundamentos de derecho que expuso el señor Guillermo Fino Serrano en la demanda, se hace necesario relacionar los hechos probados, en lo que tiene que ver con el trámite del proceso disciplinario que se adelantó en contra del actor.

Así las cosas, de los documentos que obran en el caso de autos, la Sala encuentra demostrado que³¹:

a. El señor Guillermo Fino Serrano, laboró en el Seguro Social desde el 5 de julio del 2001 hasta el 26 de agosto de 2002, en el cargo de Presidente de esa Entidad, con una asignación básica mensual -a su retiro- de \$8.764.341³².

b. Con el objeto de adquirir, instalar y poner en marcha equipos de imagenología y diagnóstico en las clínicas del Instituto de Seguros Sociales, el 24 de mayo de 2002, el señor Guillermo Fino Serrano -Presidente del ISS- dispuso la apertura de la licitación pública VA 011 de 2002, cuyo valor estimado era de \$19.300.000.000.

c. Mediante auto del 29 de agosto de 2002, el señor Procurador General de la Nación³³ asignó a dos de los Asesores adscritos a su Despacho³⁴, para "*adelantar actuación administrativa en el Instituto de los Seguros Sociales con respecto al proceso licitatorio V.A. 011 de 2002, para la adquisición, instalación y puesta en marcha de equipos de imagenología y diagnóstico para las clínicas del ISS*" (Negrillas de la Sala).

d. En el informe de la actuación administrativa que llevaron a cabo los Asesores del Despacho del Procurador³⁵ quedó consignado que en el proceso de licitación V.A. 011 de 2002, pudieron haberse desconocido los principios de planeación y responsabilidad, previstos en el Estatuto de Contratación Pública.

e. Con fundamento en lo anterior, el 1 de marzo de 2004 la entidad demandada ordenó la apertura de la investigación disciplinaria³⁶ contra los siguientes servidores públicos del Instituto de los Seguros Sociales: Guillermo Fino Serrano (Presidente), Jesús Enrique Giraldo Botero (Vicepresidente Administrativo), y, Edy Lucero Jiménez Pastrán (Gerente Nacional de Bienes y Servicios).

f. El 18 de agosto de 2004, el Despacho del Procurador General de la Nación dispuso la acumulación de las investigaciones³⁷, al advertir que el 15 de marzo de 2004, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal (a raíz de una queja presentada por el señor Héctor José Cadena Clavijo³⁸), había ordenado apertura de investigación disciplinaria³⁹ en contra de algunos funcionarios del ISS entre los que se encontraba el señor Fino Serrano. Al efecto, el Procurador General consideró que por tratarse de los mismos hechos y dada la antigüedad del proceso que estaba a su cargo, procedía "*incorporar las diligencias radicadas bajo el N° 165-81293-03 remitidas por la Segunda Delegada para la Contratación Estatal, al expediente 154.83341-03*".

g. Mediante Auto dictado el 18 de mayo de 2005⁴⁰, el Despacho del Procurador General de la Nación: i) evaluó el mérito de la investigación disciplinaria, ii) formuló cargos contra el accionante y, iii) declaró la terminación del proceso contra los demás encartados.

h. Los cargos que se le endilgaron al señor Guillermo Fino Serrano fueron los siguientes:

- Primero. Haber ordenado, en su calidad de Presidente del Instituto de los Seguros Sociales (ISS), "*la apertura de la licitación pública V.A. 011 de 2002, para la adquisición, instalación y puesta en marcha de los equipos de imagenología y diagnóstico con destino a las clínicas del ISS, por un valor de \$19.300 millones de pesos, sin que previamente se hubiesen realizado por parte de la entidad contratante, los estudios de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar, exigidos en el Estatuto de Contratación Pública, con lo que probablemente desconoció los principios de economía y responsabilidad consagrados en los artículos 25 y 26 de la Ley 80 de 1993.*

Con su proceder pudo haber inobservado el cumplimiento de sus deberes funcionales, especialmente el contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734, incurriendo así en falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 23 ibídem, por la cual debe responder en la forma establecida en el artículo 6 de la Constitución Política.

La conducta se calificó provisionalmente como falta gravísima, toda vez que se ajusta a lo previsto en el [numeral 31] del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, imputable a título de dolo"⁴¹. (Negrillas de la Sala).

- Segundo. "*Está referido a la suscripción de las aceptaciones de oferta 0253 de noviembre 6 de 2001 y 0155 de 16 de abril de 2002, con Ricardo Gailer Garcés, para asesorar al Instituto de Seguros Sociales en la dotación a las IPS, en los departamentos de imágenes y otros equipos de tecnología de uso médico hospitalario, al parecer con desconocimiento de lo previsto en el artículo 32 numeral 3° de la ley 80 de 1993; por cuanto la entidad contaba con su estructura orgánica con dependencias especializadas, y en su planta de personal, con personal con la experiencia y capacidad profesional para realizar las actividades descritas en el objeto contractual.*

La conducta se calificó provisionalmente como Grave a título de Dolo, de conformidad con los criterios contenidos en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, dada la trascendencia social, la jerarquía y mando que ostentaba el disciplinado y por que comprendiendo y conociendo los hechos que rodearon la contratación, no tuvo mayor reparo para omitir el cumplimiento de las leyes sobre la materia"⁴² (Negrillas de la Sala).

a. Agotadas las etapas del proceso disciplinario, el 11 octubre de 2006, el Procurador General de la Nación, resolvió:

"PRIMERO. Declarar probados y no desvirtuados los cargos que le fueron formulados al señor GUILLERMO FINO SERRANO (...) en su calidad de presidente del ISS y en consecuencia se le sanciona con DESTITUCIÓN e INHABILIDAD PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS por el término de DOCE (12) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. Notificar el contenido de la presente providencia al señor GUILLERMO FINO SERRANO y/o su apoderado debidamente constituido, advirtiéndole que contra la presente decisión procede el recurso de REPOSICIÓN ante este mismo despacho de conformidad con lo previsto en los artículos 111 a 114 de la Ley 734 de 2002.

TERCERO. En firme esta determinación líbrense las respectivas comunicaciones para su ejecución y efectividad"⁴³ (Negrillas del texto original).

b. En el anterior acto administrativo, i) se relacionaron los antecedentes de la investigación disciplinaria, ii) se efectuó una sinopsis de los cargos imputados al señor Fino Serrano, iii) se analizaron los descargos que presentó el disciplinado y los alegatos de conclusión, iv) se expusieron las

consideraciones del Despacho frente a los cargos imputados, v) se efectuó el correspondiente análisis probatorio, vi) se determinaron claramente las faltas endilgadas al aquí demandante, vii) se expusieron los motivos y fundamentos de la declaratoria de responsabilidad disciplinaria y, vii) se dosificó la sanción.

c. Para sustentar la sanción impuesta al señor Guillermo Fino Serrano, el Procurador General de la Nación expuso, en síntesis⁴⁴, los siguientes argumentos:

- Frente al primer cargo imputado. Afirmó, previa relación y análisis del fundamento probatorio, que para la apertura de la licitación pública V.A. 011 de 2002, no se dio, por parte de la entidad contratante (ISS), cumplimiento a la exigencia legal de contar con los estudios previos de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar⁴⁵, "que justificaran y priorizaran una inversión cercana a los 20 mil millones de pesos, para la adquisición de equipos de alta tecnología, que cubrían apenas una de las varias especialidades y servicios médicos que presta el Instituto a través de sus clínicas [de imagenología]; y aunque dichos equipos se requerían, esto, al decir de los expertos, no era lo más urgente ni prioritario, teniendo en cuenta las inmensas necesidades que éstas tenían en materia de equipos médico - hospitalarios, cuyos requerimientos eran del orden de 1.618, tal como se establece en el estudio realizado por la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud (IPS) en el año 2001, que denominó 'PLAN DE DOTACIÓN BÁSICA Y TECNOLÓGICA DE LAS CLÍNICAS EN 20 CLÍNICAS AÑO 2002(sic)'⁴⁶ (Las negrillas son de la Sala).

- Frente al segundo cargo imputado. Analizó la prueba documental y de ella concluyó que i) para la época de los hechos el ISS contaba con una estructura interna, "que contemplaba varias Unidades Estratégicas de Negocios, que se organizaban y funcionaban en forma independiente entre sí, pero coordinadas"⁴⁷ ii) que la actividad desarrollada por el señor Gailer, con la autorización de la Presidencia del ISS, abarcó aspectos determinantes y fundamentales dentro del proceso licitatorio que perfectamente hubiesen podido atenderse con los funcionarios de planta de la entidad, pues el ISS contaba con la estructura y el personal de planta suficiente para apoyar el proyecto que fuera encomendado por el disciplinado al señor Ricardo Gailer y, iii) que, en consecuencia, el contrato celebrado con el señor Gailer, "resultaba inoficioso era improcedente y atenta contra los fines de la contratación pública".

Agregó:

"(...) la actuación del señor FINO SERRANO, no se limitó únicamente a acudir a un asesor externo, para asesorar a la entidad en temas que ésta estaba en capacidad de asumir directamente, desplazando de hecho a los funcionarios que tenían que ver con el tema objeto de la Licitación Pública VA 011 de 2002, sino que el señor Gailer, de conformidad con lo consignado en su hoja de vida (...) laboró en la empresa SIEMENS (firma que presentó propuesta a la licitación pública en comento) durante 20 años, esto es, desde febrero de 1978 hasta agosto de 1999, en el área comercial, siendo su último cargo Gerente de Ventas; quien además estuvo a cargo de la elaboración de los pliegos de condiciones y evaluación de propuestas de la licitación, lo cual contradice el principio de igualdad y de la objetividad que debe primar en la contratación pública; ello no se ajusta a los principios éticos y morales que debe atender quien adopta decisiones a nombre del Estado, pues no es correcto que quien en su momento atendió los intereses comerciales de uno de los proponentes en la aludida licitación, sea también quien contribuya a la formación del proceso contractual que la administración adelanta"⁴⁸. (Las negrillas son de la Sala).

Adicionalmente precisó que los servicios prestados por el señor Gailer no pueden considerarse como una consultoría, ya que la actividad que desempeñó no se encuadra dentro de la definición que trae la Ley 80 de 1993.

Concluyó que el actor incurrió en la falta disciplinaria por infracción al principio de responsabilidad previsto en los artículos 26 (numeral 1) y 32 (numeral 3) del Estatuto de Contratación Pública, toda vez que el inculpado contrató a una persona natural para realizar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento del ISS, cuando podían realizarse con personal de planta.

I. Guillermo Fino Serrano, interpuso recurso de reposición en contra de la anterior decisión, el cual fue resuelto por el Procurador General de la Nación, mediante acto administrativo del 13 de febrero de 2007⁴⁹, en los siguientes términos:

"PRIMERO. No reponer el fallo de única instancia proferido el 11 de octubre de 2006, por el cual se sancionó al señor GUILLERMO FINO SERRANO (...) en su condición de Presidente del ISS, con la sanción principal de destitución del mencionado cargo y como accesoria la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de doce (12) años, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. SEGUNDO. Notificar por la Secretaría de Asesores del Despacho, la presente decisión al disciplinado o a su apoderado, con la advertencia de que contra la misma no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa

TERCERO. Una vez ejecutoriada ésta providencia, librense las comunicaciones a que haya lugar".

Ahora bien. Procede la Sala a estudiar los cargos que formuló el demandante contra los actos administrativos mediante los cuales fue sancionado, con el objeto de determinar si los mismos se ajustan o no a la Constitución y a la Ley.

1. Análisis de los cargos que planteó el demandante.

Para facilitar el examen de los que el actor denominó "fundamentos de derecho", la Sala los ordena y agrupa como aparece a continuación:

3.1. PRIMER CARGO Violación a: i) los derechos al debido proceso y a la defensa y, ii) al bloque de integración normativa.	3.2. SEGUNDO CARGO Falsa Motivación.
3.1.1 Por falla exclusivamente imputable a la comisión investigadora al abstenerse de practicar una prueba ordenada por el Procurador General de la Nación: No se incorporó al expediente el informe que rindió el señor Ricardo Gailer.	3.2.1. Porque si existen los estudios previos a la apertura de la licitación VA 011.

3.1.2. Por violación a las siguientes garantías i) el Juez Natural y, ii) la doble instancia.	3.2.2. Porque la sanción que le fue impuesta, se sustentó en afirmaciones que nunca expresó el señor Ricardo Gailer, de manera que el Procurador profirió un fallo contrario a la realidad de los hechos.
3.1.3. Porque la Procuraduría General de la Nación desconoció los términos legales para investigar y para practicar pruebas.	3.2.3. Porque las consideraciones de la Procuraduría General de la Nación son absolutamente contradictorias y carecen de los elementos fácticos y jurídicos que permitan configurar la tipicidad necesaria para sancionar.
3.1.4. Porque la entidad demandada ordenó el cierre de la investigación sin haber terminado la ampliación de la versión libre.	3.2.4. Porque la entidad demandada desconoció normas superiores, el derecho al debido proceso y, además, no tuvo en cuenta lo que consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005.
3.1.5. porque la Procuraduría General de la Nación desconoció los principios fundamentales previstos en la Ley 734 de 2002 (C.D.U.)	3.2.5. Porque la contratación de la asesoría del señor Ricardo Gailer era necesaria para preparar el estudio previo.
3.1.6. Por indebida notificación del fallo.	

1. Primer cargo de la demanda: Violación a: i) los derechos al debido proceso y a la defensa y, ii) al bloque de integración normativa.

1. Por falla exclusivamente imputable a la comisión investigadora al abstenerse de practicar una prueba ordenada por el Procurador General de la Nación: No se incorporó al expediente el informe que rindió el señor Ricardo Gailer.

El demandante sostuvo que el informe del señor Ricardo Gailer fue solicitado y decretado como prueba (mediante el auto del 10 de agosto de 2005 - numeral 1.3.5.) y que, sin embargo, no fue aportado al proceso (no se practicó).

En su sentir, la anterior omisión de la entidad demandada lo privó de "*una demostración palmaria de la existencia del informe del consultor Gailer Garcés, que sirvió de base para que el comité técnico determinara las prioridades de equipos a adquirir por el ISS*". Y, en consecuencia, afirma que no puede ser sancionado.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público consideró que, como el actor no adujo este aspecto en sede administrativa, mal puede el demandante argumentarlo en sede judicial.

3.1.1.1. Análisis de la Sala.

Revisada la actuación administrativa, la Sala advierte que en el recurso de reposición que interpuso en contra del fallo disciplinario de primera instancia, adujo la supuesta omisión en la que incurrió la entidad demandada al no practicar la prueba que había sido previamente decretada⁵⁰. De esta manera, no le asiste la razón a la Vista Fiscal al considerar que sobre este punto el demandante no agotó la vía gubernativa.

En todo caso, este cargo no tiene vocación de prosperidad, porque revisado el material probatorio que obra en el expediente, aparece demostrado que:

- Mediante auto del 10 de agosto de 2005, el Procurador General de la Nación se pronunció sobre las pruebas solicitadas por las partes⁵¹. De esa providencia se destaca lo siguiente:

"ASUNTO:

Procede este Despacho a decidir sobre la petición de pruebas que hace en su memorial de descargos la apoderada del disciplinado, en escrito recibido el 10 de junio del presente año:

(...)

PRIMERO: CON RELACIÓN A LAS SOLICITADAS Y APORTADAS POR LA DOCTORA CLAUDIA XIMENA FINO CARANTON, APODERADO (sic) DEL DOCTOR GUILLERMO FINO SERRANO.

(...)

1.3. DOCUMENTALES.

Solicitar los siguientes documentos al Instituto de Seguros Sociales:

(...)

1.3.5. AZ con antecedentes de necesidades de la IPS del ISS, con los estudios realizados en las clínicas, los estudios realizados por el Departamento Hospitalario del VIPS y el soporte técnico que en general requieran las IPS, puesto a disposición de la Gerencia de Bienes y Servicios por el doctor Ricardo Gailer Garcés, según carta de fecha 25 de julio de 2.001, obrante a folios 4 y 5 del cuaderno 2, el que según la apoderada reposa en la Vicepresidencia de IPS.

Si bien es cierto que a folios 4 y 5 del cuaderno 2, no reposa la carta mencionada por la apoderada, se decreta la prueba y en consecuencia se oficiará a la Vicepresidencia de IPS, para que remitiera los documentos mencionados.

(...)

Por lo anteriormente expuesto, el Procurador General de la Nación:

RESUELVE:

PRIMERO: Decretar la práctica de las pruebas relacionadas en los numerales 1.1, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3, y 1.2.4, 1.2.5, 1.2.6, 1.2.7 y 1.3.5 del presente auto en las fechas y horas que serán señaladas por los comisionados-

(...)

QUINTO: Comisionar para la practica (sic) de las pruebas ordenadas a los doctores NUBIA VIDAL PINZÓN Y CARLOS HUMBERTO GONZÁLEZ

ARIAS, Asesores de este Despacho, quienes informarán oportunamente a la apoderada las fechas en que se practicarán las pruebas (Se resalta). (...)"

-El día 13 de enero de 2006, los asesores del Despacho del Procurador General de la Nación oficiaron al doctor Gilberto Quinche Toro, entonces Presidente del Instituto de los Seguros Sociales, para que, en cumplimiento de lo ordenado en el auto de 10 de agosto de 2005, "se sirva ordenar a quien corresponda, remitir copia de los siguientes documentos relacionados con la Licitación Pública VA 011 de 2002, cuyo objeto era la adquisición, instalación, y puesta en marcha de los equipos de imagenología y diagnóstico para las clínicas del ISS; y que según lo afirmado por la apoderada del señor GUILLERMO FINO SERRANO, reposaban en la Vicepresidencia de IPS:

1. Antecedentes de las necesidades de la IPS del ISS, con los estudios realizados en las clínicas.

2. Estudios realizados por el Departamento Hospitalario del VIPS y el soporte técnico que en general requieran las IPS, puesto a disposición de la Gerencia de Bienes y Servicios por el doctor Ricardo Gailer Garcés, según carta de fecha 25 de julio de 2002.

La anterior información deberá ser remitida a más tardar el 10 de febrero del presente año, a la Procuraduría General de la Nación, carrera 5 N° 15-80, Oficina de Asesores en Contratación Estatal, teléfono 3360011 ext. 12414.⁵² (Negrillas y subrayas de la Sala).

De esta manera, se observa que la entidad demandada si dispuso la práctica de la prueba pues efectivamente la decretó en el numeral 1.3.5. del auto de 10 de agosto de 2005.

Obsérvese cómo, la omisión atribuida a la Procuraduría General de la Nación no es propia de ella, pues es evidente que a pesar de que dentro del proceso se decretó la prueba, en el expediente no obra oficio alguno que acredite que el ISS remitió a la entidad demandada esos documentos. Adicionalmente, si dicho elemento de convicción era tan primordial como lo quiere hacer ver el demandante, debió haber solicitado que se oficiara nuevamente al Instituto de los Seguros Sociales con el objeto de requerirlo para que lo allegara; o acudir directamente a esa Entidad -en ejercicio del derecho de petición-, con el propósito de obtener copia del mismo. También pudo insistir en la práctica de la prueba o hacer uso de los recursos previstos impugnando el auto con el cual se agotó la etapa probatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, en el expediente obra la carta de 25 de julio de 2002, en donde, revisado su contenido, la Sala encuentra que mediante ella el señor Ricardo Gailer presentó [a la Gerente Nacional de Bienes y Servicios del ISS] el informe final de cumplimiento de su gestión. En ese documento se lee:

"Doctora

EDY LUCERO JIMÉNEZ PASTRÁN.

Gerente Nacional de Bienes y servicios.

Seguro Social.

Ciudad.

(...)

Como actividad final para culminar la ejecución del objeto de la aceptación de la oferta con el ISS, y de acuerdo a su comunicación en referencia, le hago entrega de las conclusiones técnicas del estudio denominado "Necesidades Totales prioritarias en los Departamentos Especializados de las IPS del Seguro Social". Estudio que detalla los equipos de uso en imagenología y diagnóstico faltantes en los departamentos de imágenes y otros equipos con tecnología de uso médico hospitalario en las IPS del Instituto.

Los archivos y soportes usados y generados durante la ejecución de la aceptación de la oferta están a su disposición así: AZ con antecedentes de necesidades en las IPS del Seguro Social, con los estudios realizados en las clínicas, los estudios realizados por el Departamento Hospitalario de VIPS y el soporte técnico de los equipos que en general requieren las IPS reposan en la Vicepresidencia de IPS. La consulta y estudio de los mismos se realizó en los archivos de la Gerencia Nacional Hospitalaria de la VIPS, Departamento Hospitalario y en el archivo general de la Vicepresidencia IPS. Igualmente, en la Vicepresidencia EPS, Dirección de Planeación Corporativa, se encuentran los demás AZ con los antecedentes, estudios estadísticos y económicos, que sirvieron también de soporte a los informes de la actual aceptación de oferta.

(...)

Hago entrega con la presente de un AZ con todos los documentos generados dentro de la aceptación de la oferta y que son parte del soporte técnico y económico de los informes ya entregados⁵³. (Las Negrillas y Subrayas son de la Sala).

A pesar de que en dicha carta no se detallan con claridad qué documentos integran el AZ que supuestamente entregó con su informe el señor Gailer, ni existe constancia alguna de que en efecto él adjuntó o hizo entrega formal de éste al ISS; en la declaración que rindió los días 23 y 24 de septiembre de 2004⁵⁴, el señor Ricardo Gailer manifestó que de acuerdo con una llamada telefónica que recibió del ISS, en ese Instituto no encontraron los documentos que el estudió ni los que supuestamente elaboró (estudios previos?) con ocasión de los servicios de asesoría que prestó a esa entidad, durante el proceso precontractual (licitación VA 011 de 2002).

A su turno, se destaca lo que afirmó el señor Gailer en la declaración del 7 de marzo de 2006⁵⁵ que rindió ante la Procuraduría General de la Nación:

Al preguntársele cuántos informes entregó -previos a la apertura de la licitación-, en los que determinara los equipos que debía adquirir el ISS y, el contenido de los mismos, respondió "entregué un (1) informe al doctor JUAN CARLOS GARCÍA de la EPS, que contenía el resultado final de las necesidades totales en imágenes de las clínicas del Seguro, así como el compendio de todos los documentos que recibí de cada uno de los participantes del comité interdisciplinario, después lo que pasó es que basado en ese informe, en una reunión en la EPS (...) se priorizó el listado tanto en equipos como en clínicas y entregué el informe (...) a la EPS sobre las conclusiones a las que se llegó en esa reunión".

En esa oportunidad el declarante afirmó:

"PREGUNTADO: A que dependencias le consta a usted que llegaron copias del informe previo elaborado dentro de su asesoría. CONTESTÓ: en primer lugar a la EPS, en la oficina del doctor JUAN CARLOS GARCÍA, porque ahí lo entregué y además porque ahí se siguieron utilizando los AZ de ese informe. Posteriormente vi algunos AZ en la oficina del doctor Álvaro de la IPS, los ví porque para las especificaciones técnicas utilicé algunos de éstos folders. PREGUNTADO: Recuerda usted de cuántas AZ estaba constituido el informe que usted presentó (sic) CONTESTÓ: No recuerdo cuantos AZ, lo que puedo decir al respecto es que se encontraba el resumen definitivo de equipos por clínica debidamente valorizado, así como el resumen de cómo se realizó este informe. Además entregué en AZ toda la información recibida tanto de la IPS como de la EPS y

quedaron en la EPS, los AZ informativos tanto de varios proveedores como de varias compañías de leasing que enviaron al seguro. PREGUNTADO: Recuerda usted si dentro de la información que ha mencionado anteriormente se encontraban los estudios de mercado para la licitación VA 011 de 2002 CONTESTÓ: pregunto a qué se refieren con estudios de mercado, a lo que la apoderada le explica al testigo que esto se refiere a la población que hay que tener en cuenta, la necesidad de la población, valores, etc. Luego de esta explicación el declarante manifiesta que, como lo dije anteriormente, si recibí la información del número de afiliados por Seccional y la proyección de los mismos y sobre esta base, y las estadísticas recibidas de la IPS se realizó el informe de necesidades de equipos de imagenología. Esta documentación la entregué como parte del informe. PREGUNTADO: La apertura de la licitación VA011 se basó en los informes que usted preparó para efectos de dar trámite a la licitación VA 011. CONTESTÓ: Yo creo que la apertura se basó en parte en el informe y en la definición que tomó el comité en el momento de priorizar los equipos y las clínicas así como el conocimiento interno de las necesidades latentes que tenía el instituto.

(...)

PREGUNTADO: Se le pone de presente al testigo las AZ correspondientes a los anexos 1 y 2 del expediente en los cuales reposan documentos relacionados con la licitación VA 011, se le pregunta al testigo si dentro de los presentes folios obra la información entregada por él para sustentar la apertura de dicha licitación, para lo cual se le concede un tiempo de media hora. CONTESTÓ: Encontré en los AZ algunas páginas que pertenecen a la información que se recopiló y se entregó a la EPS al doctor JUAN CARLOS GARCÍA, ejemplo de los folios 1 a 8 del Anexo 1, es parte de la información que mandó la empresa SIEMENS, folios 9 a 67 es parte de la información que mandó PHILIPS, de los folios 128 al 134 hacen parte de mi informe, folios 220 al 237 es parte de la información que enviaron los leasings, del 361 al 364 es la comunicación con la que entregué el informe final al doctor Fino, y donde manifiesto especialmente lo consignado en el párrafo segundo del folio 362, ahí digo claramente lo que entregué. Esta carta está puesta otra vez en el anexo 2. en los AZ que revisé y que corresponden a los anexos 1 y 2 del expediente falta, el informe de la situación actual del seguro elaborado por mí no recuerdo cuantas hojas eran, las estadísticas del Seguro Social elaboradas por clínicas que las hizo la IPS y las recibí del doctor NODIER, y una señora de la IPS. La consulta técnica, comercial y financiera que es una información que la Presidencia del Seguro Social solicitó a varias compañías de leasing y a diferentes proveedores de equipos de imagenología no está completa en los 2 AZ anexo 1 y 2, y la exploración de las posibilidades de arrendamiento a través de un leasing en el mercado nacional, están las respuestas de los leasings, pero no las simulaciones del área financiera del seguro elaborados por una señora cuyo nombre no recuerdo. Las especificaciones técnicas de los equipos que yo elaboré y entregué con carta del 14 de febrero no se encuentran en los anexos 1 y 2 pero se encuentran como parte del borrador del pliego de condiciones elaborado por mí que envié para su estudio con carta de abril 22 del 2002 (...) a la Presidencia del Seguro Social, allí si están las especificaciones."

Ahora bien. De la anterior declaración se advierten algunas inconsistencias relacionadas con la persona a la que Ricardo Gailer le entregó el Informe final, porque el documento estaba dirigido a la Doctora Edy Lucero Jiménez Pastrán pero, según la declaración, éste fue entregado al Doctor Juan Carlos García. En todo caso, el señor Ricardo Gailer reconoce que en el expediente del proceso disciplinario, se encontraba parte de los documentos que recopiló y que entregó al Doctor García.

Frente a los documentos que estima hacían falta, no existe prueba alguna⁵⁶ que acredite que éstos en realidad existían y que fueron entregados por Ricardo Gailer a las Dependencias del ISS, es más en la declaración rendida por éste, no precisa cuántos folios constituían el informe, ni la fecha, ni qué documentos adjuntó, ni en cuántas AZ estaban almacenados.

En este punto, cabe reiterar lo que ha sostenido esta Subsección en el sentido de que la no práctica de pruebas decretadas no conlleva necesariamente a la violación al derecho al debido proceso. Así, en sentencia del 23 de julio de 2009⁵⁷, la Sala consideró:

"El quebranto del debido proceso que denuncia el demandante viene, entre otras cosas, según dice, es que le privaron del derecho a probar. A este respecto la Sala observa que el proceso que se siguió contra el disciplinable, agotó las etapas de proposición, decreto, práctica y contradicción de la prueba. En esa actividad, quienes ejercían la competencia disciplinaria hicieron uso de la potestad de excluir algunas pruebas en desarrollo de los principios de pertinencia y conducencia, mediante determinaciones cuya legalidad se ventiló en doble instancia. Ahora que, si algunas de las pruebas ya decretadas no se practicaron, de esa circunstancia no se sigue la violación al debido proceso, pues antes ha de averiguarse la razón por la cual se frustraron. Y en la indagación sobre los motivos del fracaso de las pruebas, se descubre que la imprecisión de los datos suministrados por el mismo demandante, dio al traste con la prueba,

(...)

No es entonces causal de nulidad de la actuación la ausencia objetiva de la prueba, si no se acredita que por esa ausencia se distorsionó sustancialmente el juicio del sentenciador disciplinario en este caso, al punto de llevarlo a un resultado contraevidente, si se admitiera que la simple ausencia de la prueba anula la actuación, quedarían las partes del proceso administrativo relevados de procurar la prueba e insistir en su práctica, para dejar vacíos que dieran al traste con la actuación administrativa al amparo de la simple conjetura de lo que pudieron decir las pruebas. Se insiste en que no basta la ausencia material de la prueba, sino que es menester acreditar la trascendencia que ella tendría en la decisión, es decir que lo que ella demostraría hubiera cambiado radicalmente el sentido del fallo".

De acuerdo con el precedente transcrito, aunque en este caso concreto el demandante afirmó que lo privaron de una demostración palmaria de su inocencia y que, en consecuencia, la sanción se fundamentó en un supuesto fáctico inexistente; la prueba que a su juicio brilla por su ausencia, no hubiera podido desvirtuar la sanción, si se tiene en cuenta que el señor Ricardo Gailer, (quien supuestamente elaboró el informe que contenía los estudios previos) no pudo sustentar en su declaración que el mismo se llevó a cabo, pues desconocía cuantitativa y cualitativamente, sus aspectos más elementales.

De otro lado, el demandante no acreditó, como era su deber, que la prueba decretada, cuya práctica se ordenó y que según la anterior declaración, se recaudó parcialmente; reposaba en el ISS. Tampoco demostró que efectivamente dicho "consultor" adjuntó a su informe los elementos de convicción que se echan de menos. Adicionalmente el actor no insistió en la práctica de la prueba ni demostró (fuera de su sola afirmación) la trascendencia que tendría ese elemento de convicción en la decisión.

De este modo, la Sala concluye que el cargo⁵⁸ que se estudia no prospera. Se reitera que en el expediente si obra la carta (informe) que rindió el señor Ricardo Gailer el 25 de julio de 2002. No obstante, existen serias inconsistencias en lo que tiene que ver con la (s) AZ que supuestamente dicho consultor adjuntó con aquél, como ya se explicó⁵⁹.

2. Violación a los derechos al debido proceso y a la defensa, por violación a las garantías al Juez Natural y a la Doble Instancia.

El demandante considera vulnerado el principio de Juez Natural porque, en su sentir, cuando el Procurador General de la Nación asumió el conocimiento del asunto en única instancia, desconoció su derecho a la doble instancia el cual, a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, se erige en una garantía esencial del debido proceso⁶⁰.

A juicio del actor, en el proceso disciplinario que cuestiona, no hubo una motivación suficiente del señor Procurador General de la Nación para avocar el conocimiento del asunto en única instancia, y señala que le fue violado el derecho a la igualdad porque en los 3 procesos disciplinarios que, por hechos distintos, se adelantaron en su contra si se le respetó la garantía de la doble instancia.

Adicionalmente, califica de inaceptable el argumento que expuso el Procurador Delegado para renunciar a su competencia de Juez Natural.

Dijo finalmente que a pesar de los argumentos que adujo la entidad demandada para asumir el conocimiento en única instancia y para negar la solicitud de nulidad que interpuso [al considerar vulnerado el principio del Juez Natural]; de acuerdo con el C.D.U. (artículo 143, numeral 1), "*las nulidades por incompetencia son ilimitadas*".

3.1.2.1. Análisis de la Sala.

En primer lugar, esta Subsección precisa que la argumentación del actor es incoherente, pues confunde las garantías del Juez Natural y de la Doble Instancia, las cuales son distintas a pesar de que una y otra derivan del derecho al debido proceso. Es por ello que las mismas se examinarán por separado, a efectos de determinar si la entidad demandada las desconoció.

a. La garantía del Juez Natural.

Se encuentra prevista en el artículo 29 de la Constitución, en estos términos:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)".

Adicionalmente, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "*Pacto de San José de Costa Rica*", la estableció así:

"8. Garantías judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter." (Negrillas de la Sala)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, en materia disciplinaria rige el principio del *juez natural*, esto es, aquél a quien la Constitución o la Ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto⁶¹.

En ese orden, la competencia del funcionario al que le corresponda dirimir un litigio o "*Juez Natural*" debe ser i) constitucional o legal; ii) preexistente, es decir, anterior al hecho que motiva la actuación o proceso correspondiente, y iii) explícita.⁶²

En el caso que nos ocupa, la facultad del Procurador General de la Nación para adelantar procesos disciplinarios, se encuentra establecida en la Constitución y la Ley. Así, el artículo 277 de la Carta Política, le atribuye al Procurador General de la Nación una serie de funciones, las cuales puede ejercer directamente o por medio de sus delegados y agentes⁶³

"Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (...)"

6. "Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley" (Negrillas de la Sala).

A su turno, la Ley 734 de 2002, aplicable al actor, prevé en el artículo 3:

"La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso".

De otro lado, el Decreto 262 de 2000⁶⁴ establece en el artículo 7 (numeral 17), que es función del Procurador General de la Nación,

"17. Asumir el conocimiento de los procesos disciplinarios e intervenir ante las autoridades judiciales o administrativas cuando la importancia o trascendencia del asunto requieran su atención personal.

Los procesos disciplinarios que asuma el Procurador General de la Nación serán de única instancia". (Las negrillas son de la Sala).

De este modo, no le asiste la razón al demandante porque i) el Procurador General de la Nación tiene competencia para adelantar las investigaciones disciplinarias y, además, es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario y, ii) en virtud de dicha competencia, el 1 de marzo de 2004 dispuso la apertura de la investigación disciplinaria⁶⁵ contra el señor Guillermo Fino Serrano y, el 18 de agosto siguiente, ordenó la acumulación de las investigaciones⁶⁶, al advertir que el 15 de marzo de 2004, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, había ordenado apertura de investigación disciplinaria en contra del aquí demandante, por idéntico supuesto fáctico. Al efecto, el señor Procurador consideró que por tratarse de los mismos hechos y dada la antigüedad del proceso que estaba a su cargo, procedía "*incorporar las diligencias radicadas bajo el N° 165-81293-03 remitidas por la Segunda Delegada para la Contratación Estatal, al expediente 154.83341-03*".

b. La Garantía de la Doble Instancia.

La doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la Ley. Con este propósito, la doble instancia constituye una garantía contra la arbitrariedad, y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública⁶⁷.

Este principio está previsto i) en el artículo 31 de la Constitución Política, según el cual "*toda sentencia podrá ser apelada o consultada, salvo las*

excepciones que consagre la ley"; en armonía con el artículo 29 del mismo ordenamiento, que establece que toda persona tiene derecho a "... impugnar la sentencia condenatoria...". y, ii) en las normas de derecho internacional, concretamente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "los cuales le otorgan el carácter de garantía judicial y de mecanismo de protección, destinado a hacer efectivos los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y a velar por la recta actuación de la administración, máxime en aquellos casos en los cuales a partir del ejercicio de sus funciones puede imponer sanciones (v.gr. en los procesos penales)"⁶⁸.

Ahora bien. Sobre el contenido normativo del artículo 31 de la Constitución, esta Corporación ha señalado reiteradamente que el principio de la doble instancia no reviste un carácter absoluto porque su aplicación depende de la regulación que, para tal efecto, señale el legislador. En ese orden de ideas, "no es imprescindible e imperativa la aplicación de la doble instancia en todos los asuntos que son materia de decisión judicial o administrativa, puesto que la ley se encuentra habilitada para introducir excepciones, siempre y cuando sean razonables y proporcionales, no vulneren el derecho a la igualdad y respeten las garantías constitucionales fundamentales del debido proceso, como lo son, los derechos de defensa, de contradicción y de acceso a la administración de justicia"⁶⁹. (Negrillas y Subrayas de la Sala).

En la sentencia C- 429 de 2001, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del numeral 17 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000⁷⁰, -que establece que "los procesos disciplinarios que asuma el Procurador General de la Nación serán de única instancia"-; la Corte Constitucional consideró que esa disposición no lesiona el ordenamiento supremo (particularmente los artículos 29 y 31 de la Carta) porque, siendo el Procurador General la máxima autoridad de la entidad que dirige y el Jefe del Ministerio Público, no tiene otra instancia superior y, por ende, sus decisiones solamente están sujetas a las acciones contencioso administrativas establecidas en las normas pertinentes, las cuales pueden ser ejercidas por los procesados disciplinariamente, cuando consideren que se les han vulnerado sus derechos.

En ese pronunciamiento, la Corte agregó que si bien es cierto que toda persona investigada tiene derecho a impugnar los fallos disciplinarios condenatorios, ello no excluye *per se* los procesos de única instancia, pues "la impugnación no implica obligatoriamente que el fallo sea apelable sino que el condenado pueda acudir -por medio de cualquier recurso- ante una autoridad con capacidad de revisar la decisión, como sería en este caso, la justicia contencioso administrativa". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

En ese orden de ideas, tampoco le asiste la razón al actor al estimar vulnerada su garantía a la doble instancia. Antes bien, al interponer la demanda que en esta oportunidad se estudia, pretende que se revise la decisión sancionatoria y, de este modo, está ejerciendo un mecanismo de impugnación con el que materializa el aludido principio.

Finalmente, la Sala advierte que en sede administrativa el demandante agotó un mecanismo de impugnación contra la decisión sancionatoria pues interpuso el recurso de reposición⁷¹. Si bien con éste no se materializa la garantía a la segunda instancia, como si ocurre con el ejercicio de la acción ante lo Contencioso Administrativo; también lo es que tal proceder revela que si empleó los mecanismos procesales que tenía a su alcance, que fue escuchado, que la entidad demandada examinó su propia decisión, que se pronunció sobre los reparos que formuló el señor Fino Serrano en contra del acto que lo sancionó y le indicó las razones por las cuales debía confirmar la sanción. De este modo mal puede el actor afirmar que la Procuraduría General de la Nación le vulneró el derecho al debido proceso.

3.1.3. Violación a los derechos al debido proceso y de defensa, porque la Procuraduría General de la Nación desconoció los términos legales para investigar y para practicar pruebas.

En criterio del señor Guillermo Fino Serrano, la entidad demandada le vulneró el derecho al debido proceso y desconoció el bloque de constitucionalidad, porque se extralimitó en el tiempo que tenía para investigar y para practicar pruebas.

3.1.3.1. En lo que tiene que ver con el término para investigar (sic)⁷², cuestionó el hecho de que la indagación preliminar haya durado 20 meses porque en su sentir, esa demora configura una dilación injustificada del proceso. Al efecto, citó la sentencia C-036 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, en la que declaró inexecutable un aparte del inciso segundo del artículo 150 del C.D.U., según el cual, "la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo".

Explicó que i) el 29 de agosto de 2002, el Procurador General de la Nación, decidió comisionar a los dos abogados investigadores de su Despacho para que se estableciera la veracidad de las irregularidades en la contratación, ii) el 19 de marzo de 2003, delegó a los asesores para adelantar las diligencias necesarias para establecer la veracidad sobre supuestas irregularidades en la licitación y iii) que 20 meses después (el 1 de marzo de 2004) se abrió la investigación disciplinaria.

Afirmó que en la legislación disciplinaria no existen sino dos tipos de diligencias, que pueden realizarse antes de la formulación del pliego de cargos: a) la indagación preliminar y b) la investigación, y explicó que las comisiones del 29 de agosto de 2002 y 19 de marzo de 2003, no tenían finalidad distinta a la de indagar sobre la ocurrencia de los posibles hechos irregulares. Sostuvo que la indagación preliminar no es obligatoria y que puede prescindirse de ella e iniciar la investigación disciplinaria, pero que en este caso el señor Procurador comisionó a los asesores del Despacho para adelantar las diligencias necesarias en relación con las posibles irregularidades.-

Análisis de la Sala.

De las pruebas que obran en el proceso, la Sala advierte que el 29 de agosto de 2002, el Procurador General de la Nación dispuso:

"Deléguese a los Doctores CARLOS HUMBERTO GONZÁLEZ ARIAS Y NUBIA VIDAL PINZÓN, Asesores Grado 24 DEL Despacho, para que de acuerdo al numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política y el numeral 17 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, adelanten actuación administrativa ante el Instituto de Seguros Sociales, respecto de la licitación Pública N° 011 de 2002"⁷³ (Negrillas y subrayas de la Sala).

Como se observa, en esa oportunidad el supremo director del Ministerio Público ejerció la función prevista en el numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política según el cual:

"El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (Las negrillas son de la Sala).

Asimismo, hizo uso de la facultad prevista en el numeral 17 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000 según el cual, es función del Procurador General de la Nación "17. Asumir el conocimiento de los procesos disciplinarios e intervenir ante las autoridades judiciales o administrativas"

cuando la importancia o trascendencia del asunto requieran su atención personal".

De este modo, resulta claro que el 29 de agosto de 2002 el Procurador General de la Nación no dispuso la apertura de la indagación preliminar, como equivocadamente lo afirmó el demandante; sino que delegó a dos de sus Asesores para adelantar actuación administrativa respecto del proceso de licitación pública N° 011 de 2002, con fundamento en las atribuciones contenidas en las disposiciones transcritas.

En virtud de dicha delegación, el 4 de septiembre de 2002 los Asesores Grado 24 del Despacho del señor Procurador, rindieron un informe preliminar de la actuación administrativa⁷⁴ y, el 11 de marzo de 2003, presentaron el informe definitivo de su gestión⁷⁵. En este último señalaron, en síntesis, que en el trámite de la licitación VA 011 de 2002 *"la Administración del ISS pudo haber incurrido en una violación de los principios de planeación, responsabilidad y del deber de selección objetiva"*.

Ahora bien. Mediante proveído del 19 de marzo de 2003 el Procurador General de la Nación asignó a los mismos funcionarios *"para que realicen las diligencias necesarias en el Instituto de Seguros Sociales -ISS-, en relación con las posibles irregularidades presentadas en el trámite de la licitación pública VA 011 de 2002; concluida esta etapa si los medios de prueba acreditan la existencia de faltas disciplinarias, dispongan la respectiva investigación, y formulen auto de cargos si fuere el caso de acuerdo con el numeral 19, artículo 7 del Decreto 262 de 2000"*⁷⁶.

Ese mismo día, se efectuó el *"registro inicial de averiguación disciplinaria"*⁷⁷ por presuntas irregularidades en el trámite de la licitación VA 011 de 2002, de manera que el 19 de marzo de 2003, inició formalmente la etapa procesal de indagación preliminar.

A su turno, los Asesores del Despacho del Procurador General de la Nación, abrieron la investigación disciplinaria el 1 de marzo de 2004⁷⁸, es decir 11 meses y 18 días después de que comenzó la indagación preliminar.

A efectos de determinar si en este caso le fue vulnerado al demandante el derecho al debido proceso por *"dilación injustificada"* del mismo, la Sala analizará i) las disposiciones que se refieren al término de la etapa de indagación preliminar, ii) la jurisprudencia sobre la materia y, iii) las circunstancias del caso concreto.

i). El artículo 150 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), regula lo relativo a la procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar, en los siguientes términos:

"En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.

En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.

<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados.

La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.

(...)".

ii). La Corte Constitucional, en sentencia C - 036 de 2003 (que adujo el actor), se pronunció sobre el contenido de la anterior disposición y declaró inexecutable la expresión contenida en el inciso tercero según el cual, cuando persista la duda sobre el autor de la falta disciplinaria *"la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo"*.

En esa providencia, el Tribunal encargado de la guarda de la Constitución consideró que dicho enunciado normativo vulneraba el artículo 29 de la Carta Política, pues *"la garantía constitucional del debido proceso exige que exista un término definido y preciso que ponga fin a la indagación preliminar y luego a la etapa de investigación disciplinaria, lo cual es claro que se cumple en el inciso cuarto del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 al señalar para aquella un término de seis meses, prorrogable por otros seis cuando se trate de investigaciones por violación a los derechos humanos o al derecho humanitario, por lo no se entiende cómo cuando existe duda sobre la identificación o individualización por el autor presunto de una falta disciplinaria, en el inciso tercero del mismo artículo se establezca que ella se adelantará por "el término necesario para cumplir su objetivo", es decir, de manera indefinida, con desconocimiento del derecho del presunto autor de la falta sobre quien pesa aún la duda que sin embargo no lo libera del proceso, ni tampoco lo vincula a él para que pueda ejercitar su derecho de defensa"*. (Las negrillas son de la Sala).

Para esa Corporación la excepción contenida en la parte acusada respecto del no señalamiento por el legislador de un límite de duración de la indagación preliminar cuando existen dudas sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria, violaba el derecho al debido proceso; toda vez que el legislador debió fijar un plazo razonable para el caso de que existiera duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria en la etapa de la indagación preliminar.

Debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que la Corte Constitucional expulsó del ordenamiento jurídico la disposición citada, al considerar que riñe con los mandatos de la Carta Política permitir que la etapa de indagación preliminar tenga una duración indefinida en el tiempo; también lo es que en pronunciamientos posteriores precisó que *"El incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez"*⁷⁹.

En efecto, una cosa es que la indagación preliminar tenga una permanencia indefinida en el tiempo (lo que, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico resulta inaceptable) y otra, muy distinta, es el incumplimiento del término perentorio de 6 meses previsto en el artículo 150 del C.D.U., circunstancia que, por sí sola, no tiene la entidad suficiente para invalidar todo el proceso disciplinario.

En ese orden, cabe mencionar que en sentencia de unificación S.U. 901 de 2005, la Corte Constitucional revisó una acción de tutela instaurada por un ex funcionario público que había sido sancionado con destitución e inhabilidad por la Procuraduría General de la Nación, quien estimaba

vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, entre otras cosas porque la indagación preliminar se había prolongado por más de 6 meses.

En esa providencia, dicho Tribunal consideró que si bien la justicia debe administrarse dentro de términos razonables -en aras de la garantía del derecho al debido proceso-; del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados, pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional.

Agregó esa Corporación que frente a cada caso, debe determinarse el motivo por el cual ese término legal se desconoció, si tras el vencimiento de ese plazo hubo lugar o no a actuación investigativa y, si ésta resultó relevante en el curso del proceso. Es decir, del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados. "De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación".

Y, frente al caso concreto concluyó:

"(...)

57. En el caso sometido a consideración de la Corte, se advierte que si bien el término de duración de la indagación preliminar se inobservó, de ese hecho no se siguió la vulneración de los derechos del disciplinado ni tampoco la afcción de sus garantías constitucionales de índole procesal.

"(...)

Claro, este proceder de la Procuraduría General de la Nación no es, ni mucho menos deseable. Todo lo contrario, se trata de un comportamiento que linda en la responsabilidad disciplinaria pues toda persona investigada tiene derecho a que las decisiones procedentes se tomen dentro de los plazos legalmente establecidos. No obstante, como tras el vencimiento del término de indagación preliminar no se cumplió ninguna actuación adicional como quiera que sólo hubo lugar a la apertura de investigación que se dispuso con base en la actuación oportunamente cumplida, no concurren razones para inferir una manifiesta irregularidad lesiva de derechos fundamentales que ha de conducir a la anulación del proceso y de las sanciones en él impuestas". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

De este modo, resulta claro que el incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez. En ese mismo sentido se pronunció ésta Corporación en providencia del 23 de mayo de 2011⁸⁰.

iii) Ahora bien. De acuerdo con lo anterior, para determinar si la inobservancia del término procesal condujo a la vulneración de los derechos del señor Fino Serrano, se deben valorar la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación.

Así las cosas, habida cuenta de i) que el objeto de la indagación preliminar eran las presuntas irregularidades que cometió la administración del ISS, al tramitar la licitación pública VA 0011 de 2002, la cual se abrió para "la adquisición, instalación y puesta en marcha de los equipos de imagenología y diagnóstico con destino a las clínicas del ISS, por un valor de \$19.300 millones de pesos", ii) que los presuntos implicados eran los directivos de ese Instituto, iii) el volumen de los documentos que se debían analizar, y iv) que ese proceso precontractual estaba revestido de una gran complejidad, no sólo por sus ingredientes técnicos sino también por su magnitud y la gran trascendencia administrativa, social y presupuestal que tuvo; la Sala considera que el hecho de que en este caso la indagación preliminar haya tardado 11 meses y 18 días no desconoce el derecho al debido proceso del señor Guillermo Fino Serrano, y tampoco causa la nulidad de la totalidad del proceso disciplinario que se adelantó en su contra a pesar de que, como bien lo sostuvo la Corte Constitucional, el proceder de la comisión investigadora al adelantar la fase de indagación por un lapso mayor a los 6 meses, no es lo deseable.

3.1.3.2. En cuanto al término para la práctica de las pruebas, el demandante afirmó i) que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002, el término de la investigación disciplinaria es de 6 meses contados a partir de la decisión de apertura, ii) que no existía justificación legal para que la entidad demandada extendiera dicho término por 3 meses más, iii) que en el expediente no hay prueba de que se hubiera ordenado la prórroga de la investigación disciplinaria, iv) que no es cierto que el 1 de diciembre de 2004 fue la fecha límite para la práctica de las pruebas, pues los términos habían vencido el 31 de agosto de 2004 (en esa fecha se cumplieron los 6 meses previstos en el artículo 156 del C.D.U.), en consecuencia, las pruebas practicadas con posterioridad a esa fecha, se encuentran viciadas de nulidad, por violación al derecho fundamental al debido proceso v) que son 5 testimonios los que devienen nulos⁸¹, vi) que el Procurador General expidió el pliego de cargos el 18 de mayo de 2005 y, mediante decisión del 10 de agosto siguiente, aceptó parcialmente las pruebas solicitadas por la defensa en la contestación del pliego, vii) que de acuerdo con el artículo 168 del C.D.U., las pruebas solicitadas que se hubieran ordenado, deben practicarse en un término no mayor a 90 días, contados a partir del 10 de agosto de 2005, viii) que como el recurso de reposición que presentó en contra de la anterior decisión respecto de los elementos de convicción que no fueron aceptados, no tenía efecto suspensivo; las pruebas debían practicarse a partir del 10 de agosto de 2005 y no desde el 27 de octubre siguiente, como erradamente lo señaló la entidad demandada en el auto de 1 de agosto de 2006, mediante el cual negó las nulidades que formuló contra la actuación ix) que, en consecuencia, bajo una correcta interpretación legal (artículo 168 del C.D.U.), el periodo para practicar las pruebas solicitadas y ordenadas finalizó el 23 de enero de 2006, x) que en este caso la Procuraduría General de la Nación ordenó la práctica de pruebas⁸² con posterioridad al 23 de enero de 2006, fecha en la que terminaban los 90 días y, xi) dentro de los 90 días hábiles solo es descartable el tiempo de las vacaciones colectivas más no son de recibo los relativos a las circunstancias ajenas a la voluntad de los instructores, por cuanto dicha causal no estaba prevista como elemento de prórroga dentro del término de la práctica de las pruebas, previsto en el artículo 168 del C.D.U.

Análisis de la Sala.

Sobre este asunto, a pesar de los confusos argumentos del demandante, la Sala reitera lo que consideró en el numeral anterior pues no cualquier defecto procesal -como el desconocimiento de un término- basta para considerar viciado de nulidad todo el trámite disciplinario, en la

medida en que la vulneración del derecho al debido proceso no puede ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren las circunstancias de cada caso concreto.

Respecto del término de 6 meses previsto en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002, se observa que a pesar de que la investigación disciplinaria duró 14 meses y 17 días (la entidad demandada dispuso la apertura de la investigación el 1 de marzo de 2004 y formuló los cargos el 18 de mayo de 2005⁸³), ello no invalida *per se*, toda la actuación administrativa, como se procede a exponer.

Siguiendo la línea argumentativa expuesta con anterioridad; sobre el término de la investigación disciplinaria (6 meses) esta Corporación ha sostenido que el solo vencimiento del plazo no implica la pérdida de competencia de la Procuraduría para actuar y tampoco se encuentra prevista como causal de nulidad del proceso disciplinario. Así, en un caso similar a éste, la Sala concluyó que si bien el término de la investigación disciplinaria excedió al previsto en la Ley, ello *"no constituye una violación al debido proceso por dilación injustificada en el trámite de la investigación"*⁸⁴. Ese mismo razonamiento quedó consignado en la sentencia de 19 de mayo de 2011, en el cual esta Subsección consideró que si bien *"el Investigador Disciplinario, efectivamente, excedió el término de seis (6) meses consagrado en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002"* esa circunstancia objetiva, *per se*, no limita el ejercicio de su potestad disciplinaria, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que incidieron en el incumplimiento del término procesal⁸⁵.

Los anteriores precedentes son aplicables en esta oportunidad, en la medida en que el solo incumplimiento del término contemplado en el artículo 156 del C.D.U., no tiene la entidad suficiente para considerar nulo el proceso administrativo, máxime si se tiene en cuenta la naturaleza de los hechos investigados y la complejidad de los mismos.

En lo que tiene que ver con la práctica de pruebas, se advierte que el aquí accionante contó con la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir los elementos de convicción que estimó necesarios para su defensa, de manera que no puede pretender invalidar aquéllos que se recaudaron y practicaron después de vencidos los 90 días del término probatorio, máxime si se tiene en cuenta la naturaleza de los hechos investigados y la circunstancia de que en múltiples oportunidades los testigos no podían o simplemente no atendieron las citaciones que les efectuó la Procuraduría General de la Nación, entidad que se vio en la necesidad de programar las diligencias en fechas posteriores, tal y como se observa en las constancias visibles en el cuaderno 15 del expediente. Asimismo se destaca que el Señor Fino Serrano y su apoderada, en algunas oportunidades solicitaron aplazar algunas diligencias relacionadas con la práctica de las pruebas⁸⁶, de manera que la demora en ésta etapa procesal no deriva de la negligencia de la Procuraduría General de la Nación, entidad que desplegó todas las actuaciones que estaban a su alcance para recaudar el material probatorio.

4. Violación al derecho al debido proceso, porque la entidad demandada ordenó el cierre de la investigación sin haber terminado la ampliación de la versión libre.

En criterio del demandante, la Procuraduría General de la Nación lo privó de culminar la diligencia de ampliación de la versión libre, porque el 7 de abril de 2006, cuando se disponía a ello, la entidad demandada *"lo exhortó para que se refiriera de manera concreta a los hechos de la investigación"*. Al efecto, señaló que i) con la palabra "exhortar" fue presionado a desistir de su derecho de exponer sus argumentos, ii) si bien era la cuarta vez que concurría a la Procuraduría, no era la cuarta vez en la que se realizaba la diligencia de versión libre y iii) en dicha diligencia, la funcionaria que adelantaba el proceso disciplinario lo indispuso con la acusación de que ingresó al expediente documentos en forma irregular; por lo que no pudo rendir la versión libre sin apremios.

1. Análisis de la Sala.

Con el objeto de resolver este punto, la Sala encuentra acreditado que:

- a). El 10 de mayo de 2004, el señor Guillermo Fino Serrano compareció a la Procuraduría General de la Nación, a efectos de rendir la versión libre. En esa oportunidad se pronunció sobre los hechos objeto de investigación y allegó varios elementos materiales probatorios relacionados con los antecedentes de la licitación pública VA 011 de 2002⁸⁷.
- b). El 17 de febrero de 2006, a petición de la defensa, el demandante amplió la versión libre⁸⁸ y solicitó el acceso a algunos de los elementos de convicción que obraban en el expediente. Posteriormente se suspendió la diligencia y se fijó como nueva fecha el 13 de marzo de 2006. No obstante, debido a quebrantos de salud del actor⁸⁹, la diligencia no se pudo llevar a cabo el día programado.
- c). El 28 de marzo de 2006, continuó la diligencia de ampliación de la versión libre⁹⁰, en la que el señor Guillermo Fino Serrano precisó los hechos objeto de la investigación y se pronunció sobre las pruebas recaudadas. Dicha diligencia de suspendió y se fijó nueva fecha para el día 7 de abril siguiente.
- d). El 7 de abril de 2006 el actor compareció a continuar la diligencia de versión libre⁹¹. Después de los generales de Ley el funcionario investigador manifestó: *"se exhorta al disciplinado para que en la presente diligencia de ampliación a la versión libre que va a rendir se refiera de manera concreta a los hechos objeto de investigación, teniendo en cuenta que esta es la cuarta oportunidad que se recibe la versión libre"* acto seguido, el aquí demandante manifestó que se le estaba vulnerando el derecho al debido proceso.

En el acta de dicha diligencia, se lee:

"Quiero dejar constancia de la flagrante violación al debido proceso y al derecho a la defensa con la limitación que la investigadora me está poniendo presente y dicha limitación se demuestra cuando esta investigación lleva 4 años de abierta, solamente hasta 2004 se abre investigación, en el mes de marzo, se presenta el disciplinado se entrega un documento soporte en CD donde esta buena parte de la información y permanece dos años sin ser abierto por la comisión investigadora, se formula pliego de cargos sin haber visto esa prueba, porque como aparece constancia solo hasta marzo de 2006 se pidió que se reprodujera, siendo tan desconocido el documento para la investigadora que niquiera (sic) lo reconoció en el cuaderno donde reposa, preocupada además porque ese cuaderno se traspapeló en la última (sic) diligencia en que yo estuve presente, dicho cuaderno fue devuelto por mí al día siguiente, porque por un error me lo había llevado y la doctora Vidal hoy afirma que aparentemente se habían introducido nuevos documentos al expediente, situación que queda rebatida por el auto que a continuación se encuentra en la carpeta en donde aparece la constancia de que solo hasta marzo de 2006, la Procuraduría en este caso los asesores del despacho ordenaron abrir el CD, extraer la información y anexarla al expediente, cuando dicha información desvirtuaba en buena parte el pliego

de cargos que se me formuló, quiere esto decir que se está actuado (sic) desconociendo una prueba que oportunamente se entregó al despacho y que por lo tanto el procedimiento que se ha seguido se encuentra viciado.

(...)

Por lo tanto, y debido a las limitaciones que se me están planteando para rendir mi versión, considero coartada (sic) mi derecho de defensa, considero reconfirmado el hecho de que se está iniciando un proceso solamente para sancionarme y por lo tanto aquí dejo constancia en mi versión libre. La funcionaria comisionada en este estado de la diligencia deja constancia que en ningún momento se le ha coartado al disciplinado, la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa y que como se dice al inicio de la presente diligencia, se le ha indicado que se refiera en su versión a los hechos objeto de investigación. Acto seguido el disciplinado manifestó: Dejo constancia Primero: que lo que se ha realizado es una exhortación que limita la posibilidad de rendir sin apremio una versión libre, por parte de los investigadores, porque prejuzgando abiertamente consideran que el contenido de las versiones libres que se rindieron en marzo de 2004 y en marzo de 2006, no se refieren a los hechos objeto de la investigación, prejuzgan y hacen entender claramente que van a limitar su evaluación a lo que consideren pertinente, relativa a su posición como instructora, desde ese punto de vista, ya me parece que la actuación no se ajusta a lo que dice el código disciplinario, mucho más con un disciplinado que ha asistido a todas las diligencias en la procuraduría cada vez que se le ha requerido, manifiesto entonces que no renuncio a mi derecho de rendir diligencia de versión libre y que debido a las circunstancias que se me han presentado después de 4 años de investigación lo que me encuentro en (sic) con una inusitada aceleración, para sacar como sea el expediente, situación que me parece contraria a derecho, por lo tanto, si la Procuraduría decide fallar, no teniendo en cuenta las constancias que he dejado en la práctica de la diligencia del día de hoy, quiero dejar constancia de la ostensible nulidad que se está dejando en el camino. PREGUNTADO: Desea usted agregar o corregir algo a la presente diligencia de ampliación de versión libre? CONTESTÓ: La presente no es una diligencia de ampliación de versión libre y no voy a firmar como ampliación de versión libre, por lo tanto yo solicito que las constancias que he formulado sean las constancias de mi presentación en el día de hoy y sean a su vez las constancias de las limitaciones que se me querían imponer para realizar una versión libre forzada que me niego a firmar por no ser versión libre. El abogado defensor solicita que quede como constancia, que la actuación desarrollada por la funcionaria comisionada doctora Nubia Vidal. Impide que el doctor Guillermo Fino cumpla libre de apremio su diligencia de versión libre". (Se destaca).

De la anterior relación probatoria, la Sala concluye que no le asiste la razón al demandante pues -contrario a lo que afirmó-, contó con la oportunidad procesal para rendir la versión libre; para ampliarla; para pronunciarse sobre los hechos objeto de la investigación; para aportar, solicitar y controvertir pruebas y; para exponer sus argumentos.

El hecho de que el actor haya dejado una constancia (en la última de las fechas programadas para surtir la diligencia de ampliación de la versión libre), en el sentido de que fue coartado y presionado; no le resta legalidad a la actuación en la que, se reitera, la entidad demandada respetó todas las garantías procesales.

Basta con confrontar objetivamente los documentos que dan fe de las diligencias de versión libre y de la ampliación a ésta, para advertir que el cargo que se está estudiando carece de todo fundamento.

Adicionalmente, es superfluo y poco serio el argumento del señor Fino Serrano según el cual, con la palabra *exhortar* fue presionado a desistir de exponer sus argumentos. Antes bien, lo que se percibe del proceder del demandante en la diligencia del 7 de abril de 2006, es su intención de buscar la forma de invalidar la actuación disciplinaria, cosa que no es posible en este caso porque no se observa que se le haya coartado o presionado de ninguna manera. Bien procedió la entidad demandada al solicitarle al señor Fino Serrano que se refiriera de manera concreta a los hechos objeto de investigación, pues era su deber evitar dilaciones injustificadas al proceso y velar porque este se adelantara con celeridad y con plena observancia de las garantías procesales.

De esta manera, el cargo que se estudia no puede prosperar.

5. Violación al derecho al debido proceso, porque la Procuraduría General de la Nación desconoció los principios fundamentales previstos en la Ley 734 de 2002.

El demandante afirma que la Procuraduría General de la Nación desconoció el principio de ilicitud sustancial; los derechos al debido proceso y a la defensa; la garantía de Juez Natural; el derecho a rendir la versión libre sin apremios; la dignidad humana; la presunción de inocencia; la duda razonable y; los principios de celeridad, favorabilidad, igualdad, proporcionalidad, interpretación de la Ley disciplinaria y de integración normativa.

1. El principio de ilicitud sustancial (artículo 5). Toda vez que la Procuraduría le impuso la sanción sin tener en cuenta lo que consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2005.

2. La garantía del Juez Natural. Porque el Procurador General de la Nación asumió el conocimiento del asunto en única instancia, sin tener en cuenta los requisitos que para el efecto ha fijado la Corte Constitucional.

3. La dignidad humana (artículo 8). En la medida en que los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación lo presionaron y apremiaron para rendir la versión libre.

4. La presunción de inocencia. Pues antes de que fuera notificado del fallo disciplinario, el boletín "*Procurando*" publicó la sanción que le fue impuesta. Ello pone en duda la imparcialidad con la cual se resolvió el recurso de reposición que interpuso en contra del fallo sancionatorio.

5. La duda razonable. Porque a pesar de las contradicciones entre los testigos sobre la existencia de los estudios previos, no se aplicó el mencionado principio.

6. El principio de celeridad (artículo 12). Toda vez que la investigación duró 4 años y las pruebas se practicaron por fuera de los términos legales.

7. El principio de favorabilidad (artículo 14). En la medida en que se le aplicaron indistintamente, disposiciones contenidas en la Ley 200 de 1995

y en la Ley 734 de 2002, sin tener en cuenta el principio de favorabilidad.

El principio de igualdad (artículo 15). Porque *i)* la investigación disciplinaria que cuestiona, se adelantó inicialmente en contra de 8 funcionarios más, quienes fueron exonerados de responsabilidad y solo él fue encartado y, *ii)* *"la Procuraduría aplica para situaciones similares, conceptos distintos, lo que convierte la sanción que le fue impuesta, en una injustificada y discrecional interpretación sancionatoria a la luz de otro caso fallado por el mismo ente de control"*⁹²

9. El derecho a la defensa (artículo 16). Porque la entidad demandada le impidió terminar la versión libre y además lo apremió.

10. El principio de proporcionalidad (artículo 18). La sanción que se le impuso, no resulta acorde con este postulado.

11. El principio de interpretación de la Ley disciplinaria (artículo 20).

12. El principio de integración normativa. Porque *i)* la Procuraduría General de la Nación ignoró el contenido de la sentencia C-818 de 2005 y *ii)* el fallo de primera instancia no le fue notificado personalmente, tal y como lo ordena el Código de Procedimiento Penal.

Análisis de la Sala.

Frente a la garantía del Juez Natural y el derecho a rendir la versión libre sin apremios, esta Sala ya se pronunció en los acápites precedentes, en el sentido de que éstos no fueron vulnerados.

En lo que tiene que ver con la dignidad humana y el derecho a la defensa que el actor estima vulnerados porque, en su sentir, los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación lo presionaron y apremiaron para rendir la versión libre; se reitera lo expuesto en el numeral anterior en el sentido de que las pruebas que obran en el proceso, dan fe de que el señor Guillermo Fino Serrano sí rindió la versión libre y tuvo la oportunidad de ampliarla en 3 oportunidades en las que no fue presionado de ninguna manera. De este modo la Sala no evidencia vulneración a estos derechos constitucionales.

En cuanto al principio de celeridad, que a juicio del señor Fino Serrano se desconoció porque la investigación duró 4 años y las pruebas se practicaron fuera de los términos legales; se reitera lo expuesto en los numerales anteriores en los que se precisó que el hecho del incumplimiento de los plazos fijados para adelantar la indagación preliminar, la investigación y la práctica de pruebas; por sí solo no vicia de nulidad el proceso disciplinario.

Respecto del derecho general a la igualdad, como lo denomina Robert Alexy, se distingue un mandato de igualdad en la aplicación del derecho (que vincula a los órganos que aplican el derecho pero no al legislador) y, un mandato de igualdad en la formulación del derecho (que vincula al legislador). El criterio del destacado autor Alemán, el primer mandato presenta una estructura complicada, por ejemplo cuando *"para la precisión de conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, como así también para el ejercicio de autorizaciones de libre decisión, exige reglas referidas a casos concretos. Sin embargo el núcleo es simple. Exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo él"*⁹³

Por su parte, el principio general de igualdad dirigido al legislador, *"no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos"*⁹⁴ pero no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. *"Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: 'hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual' que -en múltiples variaciones y complementaciones- constituye la columna vertebral de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal"*⁹⁵. Esa Corporación ha planteado dentro de sus fórmulas de igualdad que *"lo igual no debe ser tratado arbitrariamente desigual"*. Para el citado autor, una diferenciación es arbitraria y por ende, prohibida, cuando no es posible encontrar una razón calificada [suficiente] que la justifique. De esta manera, si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, está ordenado el tratamiento desigual, y de ahí se deriva una carga argumentativa⁹⁶.

De otra parte, la igualdad entendida como principio, representa *"uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo estado constitucional"*⁹⁷ e impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos⁹⁸.

Ahora bien. Respecto del derecho a la igualdad en el caso concreto, que a juicio del demandante fue vulnerado por la Procuraduría General de la Nación, la Sala debe precisar que:

i) Si bien es cierto que la investigación disciplinaria se adelantó inicialmente en contra de Guillermo Fino Serrano y 9 funcionarios más⁹⁹, también lo es que la Procuraduría General de la Nación -al evaluar el mérito de la investigación¹⁰⁰- expuso clara, razonada, suficiente y coherentemente los argumentos por los cuales procedía, de un lado, a declarar la terminación y a ordenar el archivo definitivo de la actuación respecto de los demás procesados y, de otro, a proferir cargos en contra del aquí demandante.

No advierte la Sala violación alguna al derecho a la igualdad por la decisión que adoptó la entidad demandada de terminar las diligencias respecto de quienes no encontró mérito para proferir cargos. Al contrario, lo que se evidencia es que la Procuraduría General de la Nación dio un tratamiento diferenciado a los investigados justificado porque la situación fáctica y jurídica en la que se encontraban la mayoría de ellos, era sustancialmente distinta a la del señor Fino Serrano quien, para la época de los hechos que dieron origen al proceso disciplinario, se desempeñaba como Presidente del Seguro Social y tuvo injerencia directa y trascendental en la apertura de la licitación pública VA 011 de 2002. Analizado el auto de cargos, esta Sala considera que en el *sub-lite* la entidad demandada no violó el derecho a la igualdad, porque interpretó la Ley de la misma manera para todos los investigados sólo que, como los supuestos de hecho eran diferentes, las consecuencias jurídicas para el señor Fino y para los demás investigados de ninguna manera podían coincidir. Adicionalmente, se reitera que la Procuraduría General de la Nación motivó ampliamente sus decisiones de *i)* proferir cargos en contra del aquí demandante y *ii)* de terminar y ordenar el archivo de la actuación respecto de los demás investigados. En efecto, en el proveído en el que evaluó el mérito de la investigación, se refirió a los hechos investigados, valoró razonadamente los elementos materiales probatorios recaudados hasta esa fecha, indicó las normas probablemente infringidas por el actor, expuso el concepto de la violación y calificó las faltas que le endilgó.

En ese orden de ideas, habida cuenta de que la entidad demandada si motivó la razón de su decisión y así justificó el trato diferenciado que, al evaluar el mérito de la investigación otorgó al señor Fino Serrano respecto de los demás investigados; no hubo violación al derecho a la igualdad.

ii). En criterio del actor *"La Procuraduría aplica para situaciones similares, conceptos distintos, lo que convierte la sanción que le fue impuesta, en una injustificada y discrecional interpretación sancionatoria a la luz de otro caso fallado por el mismo ente de control"*. Al efecto, citó el *"fallo de segunda instancia"* dictado el 21 de noviembre de 2005, en el cual la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal revocó la sanción de multa de 90 días de salario, que se le había impuesto al señor Guillermo Ulloa Tenorio, en su condición de Gerente de la Industria de Licores de Antioquia.

De acuerdo con la transcripción que el demandante hizo de dicha providencia, se advierte que:

a) Al entonces disciplinado se le reprochó que, sin haber realizado previamente los estudios de conveniencia y necesidad, celebró un contrato de prestación de servicios en el año 2001 con un abogado del exterior a efectos de que tramitara el registro de la Industria de Licores del Valle, con el fin de que la misma quedara como compañía autorizada para efectuar negocios en el Estado de la Florida y, demás, para que representara y asumiera la defensa de la licorera en una actuación administrativa que se estaba surtiendo en su contra en U.S.A.

b) Que en el proceso disciplinario que se adelantó en contra de dicho funcionario se acreditó de un lado, que una compañía de los Estados Unidos, estaba utilizando la insignia de la Industria de Licores del Valle y empleando los canales de distribución de licores que anteriormente manejaba y, de otro, que la Industria de Licores del Valle efectuó una valoración de la conveniencia del contrato.

c) Que en criterio de la Procuraduría si existía una justificación real y material respecto de la cual la empresa de licores debía adelantar las actuaciones necesarias para proteger los intereses y el patrimonio de la entidad, las cuales fueron contratadas mediante el acuerdo de voluntades que en esa oportunidad se cuestionó; y

d) En ese caso, el Ente de Control consideró que: *"no se puede perder de vista que el análisis de la conveniencia está orientado a establecer no solo la necesidad del contrato o la determinación de los beneficios que este pueda reportar, sino también en que se adopten de manera oportuna las decisiones que sean necesarias para proteger los intereses de la comunidad y de la entidad, se debe tener en cuenta también que (...) el único mecanismo para cumplir con la formalidad mencionada no es la elaboración de estudios profundos y complejos, precedidos de diseños de factibilidad y de análisis financieros que presupongan un alto grado de conocimiento en finanzas y áreas conexas, porque puede suceder que ante la elementalidad del contrato así del (sic) objeto perseguido, un documento que reúna mínimamente requisitos de los cuales fluya de manera clara la mencionada necesidad o conveniencia de celebrar el contrato, sea suficiente para considerar satisfecho (sic) dicha exigencia. Tales circunstancias se cumplieron en el caso concreto, por cuanto, como ya se indicó, existía una situación que está poniendo en riesgo el buen nombre de la Industria Licorera del Valle y las actividades contratadas y ejecutadas en desarrollo del citado acuerdo de voluntades estuvieron orientadas a impedir los actos de competencia desleal que un comercializador pretendía ejecutar en contra del producto Aguardiente Blanco del Valle, de propiedad estatal, para proteger su patrimonio, lo cual demuestra que si hubo por parte del acusado una valoración que le permitiera determinar la conveniencia del objeto del contrato, el cual estuvo acorde con la necesidad o situación a satisfacer"*¹⁰¹ (Las negrillas son de la Sala).

Visto lo anterior, para la Sala resulta claro que el precedente citado por el demandante no es aplicable al proceso disciplinario del señor Fino Serrano, porque si bien es cierto que tanto en éste caso como en aquél, la Procuraduría General de la Nación reprochó la celebración de contratos sin que con anterioridad se hubieren efectuado los estudios previos; también lo es que las circunstancias fácticas de uno y otro caso son muy distintas.

En efecto, mientras que en el proceso disciplinario que se adelantó en contra del señor Guillermo Ulloa se cuestionó la celebración de un contrato de prestación de servicios con un abogado con el objeto de defender el patrimonio y los intereses de la Industria Licorera del Valle; en el que se abrió contra Guillermo Fino Serrano se cuestionó, tanto la apertura de la licitación pública V.A. 011 de 2002, para la adquisición, instalación y puesta en marcha de los equipos de imagenología y diagnóstico con destino a las clínicas del ISS, por un valor de \$19.300 millones de pesos, sin que previamente se hubiesen realizado por parte de la entidad contratante, los estudios de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar; como la suscripción de las aceptaciones de oferta con Ricardo Gailer Garcés, para asesorar al Instituto de Seguros Sociales en la dotación a las IPS, en los departamentos de imágenes y otros equipos de tecnología de uso médico hospitalario, a pesar de que la entidad contaba en su estructura orgánica con dependencias especializadas, y en su planta de personal, con funcionarios idóneos para realizar las actividades descritas en el objeto contractual.

Como se observa, el trámite precontractual cuestionado en este último proceso (a diferencia del que se investigó en el caso del señor Ulloa Tenorio), fue de una gran complejidad, no solo por las características y especificaciones técnicas del objeto que se pretendía contratar, sino también por la naturaleza misma del contrato; su magnitud (para dotar todas las clínicas del ISS a nivel nacional); su cuantía (\$19.300 millones de pesos); la trascendencia económica y social y; su impacto para el ISS, los usuarios, y para el interés general.

De este modo, la consideración de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, según la cual ante la elementalidad del contrato y de su objeto, el deber de adelantar los estudios previos se satisface con un documento que reúna mínimamente requisitos de los cuales fluya de manera clara la necesidad o conveniencia de celebrar el acuerdo de voluntades; no es aplicable al caso del actor. En consecuencia, por tratarse de dos procesos contractuales disímiles, adelantados por entidades distintas, y rodeados de particularidades concretas que los diferencian, la Procuraduría General de la Nación hizo bien al otorgar un tratamiento desigual entre supuestos disímiles, por lo que no puede considerarse vulnerado el derecho a la igualdad.

De otro lado, el demandante estima violada la presunción de inocencia porque antes de que fuera notificado del fallo sancionatorio, el boletín *"procurando"* publicó la sanción que le fue impuesta, y ello pone en duda la imparcialidad que debió tener la Procuraduría.

Para la Sala la argumentación del actor es incoherente pues olvida que si la entidad que ejerce la potestad disciplinaria profiere un fallo sancionatorio, es precisamente porque encontró desvirtuada la presunción de inocencia. Adicionalmente el demandante confunde dicha presunción con *"la reserva de la actuación disciplinaria"* y con el principio de imparcialidad, los cuales son completamente distintos.

En efecto, la presunción de inocencia es uno de los principios que expresan el criterio de legitimidad de las actuaciones públicas -administrativas

y jurisdiccionales-, el cual se aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria¹⁰².

Así, quien adelante la actuación disciplinaria deberá -conforme las reglas del debido proceso-, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional¹⁰³.

En el *sub-lite*, se encuentra probado que mediante el acto administrativo de 11 de octubre de 2006, la Procuraduría General de la Nación sancionó disciplinariamente al actor por incurrir en una falta gravísima que, después de una valoración probatoria, encontró demostrada. De esta manera, sin entrar en el debate que sobre la responsabilidad disciplinaria se surtió en sede administrativa, es claro que la entidad demandada no desconoció la presunción de inocencia, pues en la providencia sancionatoria explicó ampliamente las razones por las cuáles el señor Guillermo Fino Serrano debía ser sancionado y dejó consignada la valoración probatoria que para el efecto llevó a cabo.

En lo que tiene que ver con el reproche que efectuó el demandante relacionado con la publicación de la sanción en el boletín "*procurando*" antes de que la misma fuera notificada, resulta necesaria la referencia al artículo 95 de la Ley 734 de 2002, según el cual "*en el procedimiento ordinario las actuaciones disciplinarias serán reservadas hasta cuando se formule el pliego de cargos o la providencia que ordene el archivo definitivo, sin perjuicio de los derechos de los sujetos procesales*"; de lo que se sigue que la entidad demandada no vulneró la reserva de la actuación, como bien lo sostuvo en el proveído del 13 de febrero de 2007, al confirmar la sanción impuesta al aquí accionante.

Tampoco encuentra la Sala prueba alguna que indique que la Procuraduría General de la Nación no obró de manera imparcial, y, por lo demás, la sola publicación de la sanción impuesta al señor Fino Serrano en el boletín *procurando*, no acredita en lo más mínimo que la actuación del Ente de Control estuvo parcializada.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el principio de favorabilidad, que el demandante consideró violado porque la Procuraduría General de la Nación le aplicó indistintamente disposiciones contenidas en la Ley 200 de 1995 y en la Ley 734 de 2002; esta Subsección advierte que es deficiente la argumentación del actor pues no precisó, como era su deber, en qué eventos se le aplicó una u otra Ley, o cuál cuerpo normativo le resultaba más favorable y tampoco especificó en relación con cuál de los cargos formulados debía aplicarse dicha favorabilidad¹⁰⁴; teniendo en cuenta que, de acuerdo con este principio, la Ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable¹⁰⁵.

Respecto del principio de interpretación de la Ley disciplinaria la Sala advierte que el actor no sustentó el concepto de la violación del mismo y, en todo caso, no encuentra prueba alguna que demuestre que éste fue desconocido.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los principios de ilicitud sustancial, proporcionalidad en la imposición de la sanción, integración normativa y duda razonable, la Sala se pronunciará sobre ellos más adelante, pues los argumentos que expuso el demandante para sustentar la violación a los mismos, están íntimamente ligados con los cargos que se estudiarán en las siguientes líneas.

6. Violación al derecho al debido proceso por indebida notificación del fallo disciplinario.

El demandante afirmó que de la Procuraduría General de la Nación no notificó en debida forma el acto administrativo del 13 de febrero de 2007, mediante el cual el señor Procurador resolvió el recurso de reposición que interpuso en contra de la decisión sancionatoria, en el sentido de confirmarla. Al efecto, manifestó que comoquiera que en esa época se encontraba en detención domiciliaria, se negó a notificarse personalmente de esa decisión, al advertir que el procedimiento de notificación que estaba adelantando la entidad demandada no se ajustaba a las disposiciones contenidas en la Ley 734 de 2002 y en el Código de Procedimiento Penal.

Sostuvo que los artículos 100, 101, 105 y 107 del C.D.U. prevén las formas de notificación de las decisiones que se adopten en el curso del proceso disciplinario. Agregó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 de esa normatividad, i) "*la notificación personal se inicia (...) mediante una citación inmediata al disciplinado a la entidad donde trabaja o a la última registrada en su hoja de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario*" y ii) si el procesado ha estado asistido por apoderado, con él se surte la notificación personal.

Explicó que en la Ley 734 de 2002 no se encuentra prevista de manera expresa, el trámite para notificar personalmente a un disciplinado que se encuentre en prisión domiciliaria y por ello, en aplicación del artículo 21 de esa Ley, se deben aplicar las disposiciones que sobre el particular, se encuentren contenidas en el Código de Procedimiento Penal, particularmente el artículo 184, lo cual no ocurrió en este caso.

Por lo anterior, afirmó que la notificación que adelantó la entidad demandada es nula ya que con su proceder vulneró las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal y el Código Disciplinario Único. En efecto sostuvo que:

i). No lo citó para que conociera el contenido del fallo en la forma prevista en el artículo 107 del C.D.U., y tampoco se surtió la notificación por edicto (artículos 201, 204 y 205 del C.D.U.)

ii). No dejó la constancia secretarial en el expediente sobre el envío de la citación.

iii). No citó ni notificó del fallo a ninguno de los apoderados que lo asistían en el proceso disciplinario.

iv). Cuando se presentaron dos funcionarios de la Procuraduría General a su domicilio, no le leyeron íntegramente la providencia ni le permitieron a él hacerlo, razón por la cual se negó a la notificación.

v). Violó el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal porque encontrándose privado de la libertad, la Procuraduría no dejó constancia ni en la Dirección General, ni en la oficina jurídica del establecimiento de reclusión (cárcel la Picota) de que se hubiere radicado copia de la parte resolutive de la providencia comunicada y, además, omitió dejar la constancia de si se había logrado o no la notificación personal.

3.1.6.1. Análisis de la Sala.

A efectos de resolver el cargo planteado, esta Subsección encuentra acreditado:

- Que el 20 de febrero de 2007, el señor Javier Pérez Jiménez, citador de la Oficina de Asesores en Contratación Estatal de la Procuraduría General de la Nación, se desplazó a la residencia del señor Guillermo Fino Serrano, ubicada en la ciudad de Bogotá D.C., con el objeto de notificarle el auto de 13 de febrero de 2007. En la constancia de notificación, solo aparece la firma del señor Javier Vásquez, vigilante del edificio¹⁰⁶.

- Que de acuerdo con el informe secretarial de 21 de febrero de 2007, el señor Javier Pérez Jiménez, una vez que encontró la dirección del señor Fino Serrano, fue atendido por el vigilante y anunciado por el mismo. Dicho funcionario expresó, *"seguí al apartamento 601 PH y fui recibido por el señor FINO, quien después de leer la notificación me dijo en forma sarcástica, YO NO ME NOTIFICO, PORQUE TENGO MI ABOGADO, siendo las 4.45 pm, baje (sic) al primer piso para que el señor vigilante de nombre JAVIER VÁSQUEZ de la empresa de Vigilancia privada YALE y de placas 883, me abriera la puerta del edificio para salir del inmueble"*¹⁰⁷ (Las negrillas y subrayas son del texto).

- Que en vista de lo anterior, mediante el Oficio N° 00232 del 21 de febrero de 2007, la Secretaria de la Oficina de Asesores en Contratación Estatal de la entidad demandada, le solicitó al doctor Henry Niño Méndez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, ordenar conducir al señor Guillermo Fino Serrano ante esa Secretaría, con el objeto de notificarle personalmente de la decisión en comento, *"debido a la renuencia del disciplinado, al tratar de realizar la diligencia en su lugar de detención domiciliaria y encontrarse a órdenes de esa autoridad"* dentro del proceso penal¹⁰⁸.

- Que mediante auto de 22 de febrero de 2007, el doctor Henry Niño Méndez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, se abstuvo de acceder a lo solicitado por la entidad demandada, al considerar que:

a). Conoció del proceso penal adelantado en contra del señor Fino Serrano, en virtud de un programa de descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y que, en consecuencia, su competencia se limita a proferir el fallo.

b). No obstante lo anterior y *"en procura de evitar las dificultades que puedan presentarse al requerirse al acusado para surtir las diligencias en otras diligencias penales que se adelantan en su contra, ha autorizado en tratándose de asuntos de carácter penal, el traslado del señor Fino Serrano a la Fiscalía General de la Nación, donde se le ha solicitado para llevar a cabo las diligencias que se han requerido su asistencia"*. Y,

c). Como la decisión que se pretende notificar fue proferida dentro de un proceso disciplinario, ese Despacho no puede adoptar las medidas del carácter reclamado, porque la notificación dentro de este tipo de procesos, está regulada en los artículos 100 a 109 de la Ley 734 de 2002 *"de donde se colige la prescripción de notificaciones de carácter subsidiario, que dependen, así se entiende, de la voluntad que tenga el disciplinado de concurrir o no a la personal; por ello, no sería ajustado a derecho que se dispusiera la adopción de una medida coercitiva para el efecto; distinto es, que el propio investigado disciplinariamente solicite la referida autorización y ello no ha ocurrido"*.¹⁰⁹

- Que el 28 de febrero de 2007, los señores Javier Pérez Jiménez (citador) y Darío José Forero Martínez (sustanciador), de la Oficina de Asesores en Contratación Estatal de la Entidad demandada; en compañía del Subintendente de Policía Nacional Fabio Pulido Parada, se hicieron presentes en la residencia del señor Guillermo Fino Serrano para notificarle personalmente la decisión contenida en el acto de 13 de febrero de 2007. No obstante, cuando el aquí demandante *"se enteró del contenido de la notificación, se negó a firmar"*¹¹⁰.

- Que el 28 de marzo de 2007, el Secretario de la Procuraduría General de la Nación, hizo constar que:

"Contra el Recurso de Reposición al Fallo (sic) de Única Instancia, de fecha 13 de febrero de 2007, dictado dentro del proceso de la referencia, no procede recurso alguno, agotándose con el mismo la vía gubernativa, quedando en firme el día trece de febrero de 2007, a las 17:00 horas, esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 734 de 2002."

Que de conformidad con lo ordenado en sentencia C-1076/02 de la Corte Constitucional, respecto a la ejecutoria expresamente se ordena *"siempre y cuando se entienda que los efectos jurídicos se surten a partir de la notificación de las providencias"* por lo tanto no con la mera ejecutoria operan las consecuencias jurídicas, sino hasta que se haga efectiva la notificación; por esa razón, *se deja constancia que, realizadas las comunicaciones al sujeto procesal, para notificar el Recurso de Reposición al Fallo de Única Instancia, datado (sic) trece de febrero 2007 (sic), de igual forma el día 28 de febrero de 2007 se le enteró del contenido del precitado auto al señor GRILLERMO FINO SERRANO quien a la vez se negó a firmar, quedando notificado en la misma fecha. Lo anterior para los efectos pertinentes"*¹¹¹ (Las negrillas y subrayas, son de la Sala).

- A solicitud del demandante, el 26 junio de 2007 la Secretaria de la Oficina de Asesores en Contratación Estatal del Despacho del Procurador General de la Nación expidió una constancia secretarial, en la cual se lee:

"La suscrita secretaria deja constancia que para surtir notificación personal del auto que resolvió recurso de reposición al fallo de única instancia de fecha febrero 13 de 2007, al señor GUILLERMO FINO SERRANO, disciplinado en el proceso de la referencia, quien se encuentra con medida de detención domiciliaria (...), el citador de la dependencia, señor Javier Pérez Jiménez, se dirigió al domicilio del señor disciplinado, el día 20 de febrero (...), sin que el disciplinado accediera a notificarse; por lo que se solicitó su conducción al doctor Henry Niño Méndez, Magistrado Sustanciador del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia Sala Penal, funcionario de conocimiento del proceso penal del señor Fino Serrano, instancia judicial que mediante auto de febrero 22 de 2007, se abstuvo de librar la conducción del señor Fino Serrano para la notificación personal."

El día 28 de febrero nuevamente fueron al domicilio del señor disciplinado el señor Javier Pérez citador de la dependencia, en compañía del señor sustanciador Darío Forero Martínez y del subintendente de la Policía Fabio Pulido Parada, identificado con placa 07423 (...), diligencia en la cual el señor citador leyó al disciplinado el contenido de la parte resolutoria del auto en mención, sin que el disciplinado accediera a firmar la diligencia de notificación personal, siendo suscrita por los funcionarios que en ella intervinieron."

Se expide la presente por solicitud escrita del señor Guillermo Fino Serrano, fechada junio 12 de 2007".¹¹²

Ahora bien. A efectos de determinar si en este caso la entidad demandada le vulneró el derecho al debido proceso al señor Guillermo Fino Serrano, procede la Sala a analizar las normas que regulan la notificación de las decisiones proferidas en el curso de los procesos disciplinarios, (particularmente de aquellas que deciden sobre la responsabilidad de los investigados), previas consideraciones generales relativas al trámite de la notificación.

I. De la notificación de las decisiones en el Proceso Disciplinario.

De acuerdo con la doctrina más autorizada sobre la materia, *Notificar*, significa hacer saber o hacer conocer y, es en ese sentido en el que la ciencia del derecho procesal toma el vocablo, *"pues con él se quiere indicar que se han comunicado a las partes y terceros autorizados para intervenir en el proceso, las providencias judiciales que dentro de él se profieren"*¹¹³ (Negrillas de la Sala).

En ese orden, la notificación es un trámite procesal que materializa el principio de la publicidad, en virtud del cual, las decisiones proferidas por el Juez o, en este caso, por el titular de la acción disciplinaria¹¹⁴; deben ser comunicadas a las partes o a sus apoderados para que, conocidas por

éstos, puedan hacer uso de los derechos que la Ley consagra para impugnarlas, aclararlas o, simplemente, para que, enteradas de su contenido, se dispongan a cumplir lo que en ellas se ordena¹¹⁵.

A Juicio de la Corte Constitucional, *"las notificaciones judiciales y administrativas, constituyen un acto material de comunicación, a través de las cuales se pone en conocimiento de las partes o de terceros interesados las decisiones que se profieran dentro de un proceso o trámite judicial o administrativo, de manera que se puedan garantizar los principios de publicidad y contradicción y, sobre todo, cumplen la función de prevenir que se pueda afectar a alguna persona con una decisión sin haber sido oída, con violación del principio constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta"*¹¹⁶ (Las negrillas son de la Sala).

Adicionalmente, de acuerdo con el máximo Tribunal encargado de la guarda de la Constitución,

"(...) para el adecuado y razonable ejercicio de la función disciplinaria, al Estado, no sólo le compete asegurar el cumplimiento de los fines y funciones para garantizar la buena marcha de la gestión pública, sino que, además, cuando los servidores públicos incurran en faltas que afectan el buen servicio y que hayan sido tipificadas como tales por la ley, le corresponde la imposición de las sanciones disciplinarias a que haya lugar, respetando y garantizando los derechos fundamentales de los investigados.

Como quiera que indiscutiblemente, con el proceso disciplinario se afectan derechos de los sujetos que se investigan, no solamente porque se concluya en la imposición de una sanción determinada, sino por el sólo hecho de encontrarse vinculado a un proceso, esto obliga al Estado a establecer unos límites, que se traducen en la protección de los derechos del disciplinado, entre los cuales se encuentran, entre otros, en las posibilidades de ejercer su derecho de defensa. Ello requiere la existencia de procedimientos adecuados de publicidad del proceso, desde su inicio y durante la duración del mismo, para hacer efectivo el principio de contradicción, una de cuyas manifestaciones más enérgicas la constituye el derecho a impugnar las providencias, ya sea al discutir su validez a través del instituto de las nulidades, ora discutiendo la eficacia de aquellas, para lo cual se consagran por el legislador los recursos contra ellas". (Las negrillas son de la Sala).

Ahora bien. Dada la variedad de providencias que existen, de su contenido y de la oportunidad en la que se dictan dentro del proceso, el legislador estableció diversas formas de notificación, de las cuales una es la principal (la notificación personal) y otras son las subsidiarias (por edicto, por estado, por estrado y por conducta concluyente).

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico prima la forma de notificación personal, pues es la que mejor se acompasa con la finalidad de la notificación (hacer saber o dar a conocer la decisión a las partes o terceros intervinientes) y con los derechos al debido proceso y a la defensa.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que *"La notificación personal (...) es la que de manera más efectiva, salvaguarda los derechos de defensa del disciplinado, por cuanto garantiza un mayor conocimiento y convocatoria directa al proceso. Es pues, la notificación personal, la notificación por excelencia, constituyendo las demás, formas subsidiarias de notificación"*¹¹⁷. (Las negrillas son de la Sala)

En lo que se refiere al proceso disciplinario, los artículos 100 a 109 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), regulan el tema de las notificaciones, tal y como pasa a exponerse¹¹⁸:

- El artículo 100, señala que: *"La notificación de las decisiones disciplinarias puede ser: personal, por estado, en estrados, por edicto o por conducta concluyente".*

- El artículo 101, prevé: *"NOTIFICACIÓN PERSONAL. Se notificarán personalmente los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, el pliego de cargos y el fallo".*

- A su turno, el artículo 107 preceptúa: *"NOTIFICACIÓN POR EDICTO. Los autos que deciden la apertura de indagación preliminar e investigación y fallos que no pudieren notificarse personalmente se notificarán por edicto. Para tal efecto, una vez producida la decisión, se citará inmediatamente al disciplinado, por un medio eficaz, a la entidad donde trabaja o a la última dirección registrada en su hoja de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario, con el fin de notificarle el contenido de aquella y, si es sancionatoria, hacerle conocer los recursos que puede interponer. Se dejará constancia secretarial en el expediente sobre el envío de la citación.*

Si vencido el término de ocho (8) días a partir del envío de la citación, no comparece el citado, en la Secretaría se fijará edicto por el término de tres (3) días para notificar la providencia.

Cuando el procesado ha estado asistido por apoderado, con él se surtirá la notificación personal, previo el procedimiento anterior.

- Y, el artículo 108, que se refiere a la notificación por conducta concluyente, dispone que *"Cuando no se hubiere realizado la notificación personal o ficta, o ésta fuere irregular respecto de decisiones o del fallo, la exigencia legal se entiende cumplida, para todos los efectos, si el procesado o su defensor no reclama y actúa en diligencias posteriores o interpone recursos contra ellos o se refiere a las mismas o a su contenido en escritos o alegatos verbales posteriores".*

En ese orden de ideas la notificación por edicto prevista en el artículo 107 del C.D.U., no es una notificación principal sino subsidiaria, es decir, que opera cuando no es posible la notificación personal.

II. De la notificación de la decisión del 13 de febrero de 2007.

Para esta Sala, bien procedió la entidad demandada al ordenar la notificación personal al señor Guillermo Fino Serrano de la decisión contenida en el acto administrativo de 13 de febrero de 2007, mediante el cual, la Procuraduría General de la Nación, confirmó la decisión sancionatoria al resolver el recurso de reposición que el actor interpuso en contra de la misma.

En efecto, el material probatorio ya relacionado, demuestra que la notificación de dicho acto se surtió el 28 de febrero de 2007, día en el que, ante la negativa del señor Fino Serrano a firmar la constancia de notificación, acudieron a su residencia dos funcionarios de la Procuraduría General de la Nación acompañados de un Subintendente de la Policía Nacional quien fungió como testigo de la renuencia del aquí demandante.

En esa oportunidad [28 de febrero de 2007], dichos servidores públicos dejaron constancia de que el señor Fino Serrano se enteró del contenido de la notificación¹¹⁹, lo cual fue reiterado por el Secretario de la entidad demandada¹²⁰ y por la Secretaria de la Oficina de Asesores en Contratación Estatal del Despacho del Procurador General de la Nación¹²¹, quien además afirmó que *"el citador le leyó al disciplinado el contenido de la parte resolutive del auto [de 13 de febrero de 2007]"*.

Es así como esta Sala encuentra acreditado que, a pesar de que el señor Fino Serrano -quien es abogado de profesión-, *"se enteró del contenido del citado auto"* se resistió no solo a firmar sino también a recibir copia de la decisión en las dos oportunidades en las que la entidad demandada acudió a la residencia del sancionado para surtir la correspondiente notificación.

En ese orden de ideas, no es dable sostener que no fue posible llevar a cabo la notificación personal, porque en este caso el sancionado sí fue ubicado en la dirección que registró y, adicionalmente, se entrevistó con el citador de la Procuraduría General de la Nación, quien le informó el objeto de la notificación y el contenido de la decisión del 13 de febrero de 2007. Así las cosas, en el caso que nos ocupa se cumplió con la diligencia de notificación: el señor Guillermo Fino Serrano se enteró de la aludida decisión y conoció de la misma.

De este modo, por encima de las formalidades que pretende el actor prevalezcan en este caso, relacionadas con la forma en la que se debe surtir la notificación personal, la Sala reitera que en nuestro ordenamiento jurídico, prevalece el derecho sustancial, al tenor de lo previsto en el artículo 228 de la Constitución. Y, como en el *sub-lite* el accionante conoció de la decisión y no se vislumbra violación alguna a sus derechos al debido proceso y a la defensa; no es dable afirmar que la actuación disciplinaria adolece de nulidad.

Tampoco procedía en este caso la notificación por edicto porque la dirección del demandante sí fue ubicada, el señor Fino Serrano fue localizado en ella y se enteró del contenido de la providencia, de manera tal, que nada impedía surtir la notificación personal, como en efecto se llevó a cabo.

De otro lado, si bien durante el proceso disciplinario el señor Fino Serrano estuvo asistido por la abogada Claudia Ximena Fino Carantón¹²², también lo es que esa circunstancia no le impedía a él, como directo interesado en la decisión de la Procuraduría, notificarse del referido acto administrativo, máxime cuando tiene estudios superiores y de posgrado en el área del derecho¹²³.

Por lo demás, la Sala no entiende por qué el señor Fino Serrano se negó a firmar la constancia de notificación, siendo que en su calidad de sancionado, era el directamente afectado con la decisión de la Procuraduría. Antes bien, lo que revela el proceder del actor en este caso, es su intención temeraria de entorpecer la culminación de la actuación administrativa, lo cual merece a todas luces el máximo reproche.

Finalmente, sobre el argumento del demandante relacionado con la situación de detención domiciliaria que adujo para invocar la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Penal y así tachar de nulidad el trámite de la notificación; la Sala precisa que en este caso no son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, porque en materia de notificaciones, la Ley 734 de 2002 se aplica de preferencia al ser la norma especial. Y, si bien es cierto que el demandante se encontraba privado de la libertad, también lo es que gozaba del beneficio de la detención domiciliaria, lo que le permitió entrevistarse con el notificador quien fue hasta su residencia (lugar de la detención) y enterarse de primera mano de la decisión de la Procuraduría contenida en el proveído del 13 de febrero de 2007.

Además, tal y como lo precisó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia al responder la solicitud que le elevó la Procuraduría General de la Nación para obtener la conducción del señor Fino Serrano a efectos de surtir la notificación¹²⁴; la decisión del 13 de febrero de 2007 no era de carácter penal. Si hubiere sido de tal naturaleza, necesariamente se imponía la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Penal, pero ello no resultaba viable en el caso del actor, habida cuenta de que se trataba de una decisión administrativa que confirmaba la imposición de una sanción disciplinaria. De este modo, las disposiciones que debían aplicarse en materia de notificaciones eran las de la Ley 734 de 2002 por ser expresas y especiales, sin que tuviera incidencia la investigación penal o la situación de privación de la libertad (en el domicilio) en la que se encontraba el señor Fino Serrano.

1. Segundo cargo de la demanda: falsa motivación.

3.2.1. Porque sí existen los estudios previos a la apertura de la licitación VA 011 de 2002.

El demandante insiste en que sí se elaboraron los estudios previos a la apertura de la referida licitación pues se encontraba acreditada la necesidad que tenía el ISS en materia de equipos en imagenología. Al efecto se refirió a los antecedentes de ese proceso de selección del contratista y a las pruebas documentales y testimoniales que los contienen.

Manifestó que no le asiste la razón a la Procuraduría General de la Nación, al afirmar que no se efectuaron los estudios previos y al sancionarlo por ese motivo.

Explicó que desde el año de 1993, la Gerencia de la Clínica San Pedro Claver, envió a la Presidencia y a la Vicepresidencia del ISS, un proyecto para la reposición y adquisición de equipos para el Departamento de Radiodiagnóstico y Radioterapia.

Agregó que en el mes de febrero de 1997, el doctor Álvaro Gutiérrez, Vicepresidente de IPS, solicitó cotizaciones a las principales casas comerciales de mayor representación del País, para la adquisición de equipos de imagenología; las cuales fueron evaluadas para iniciar los estudios del proyecto.

Dijo que de acuerdo con dicho estudio i) el ISS se encontraba en un grave atraso de más de 30 años, con relación a la tecnología de otros hospitales del País y, ii) existía una problemática en la contratación de los servicios de imágenes diagnósticas, pues los pacientes hospitalizados debían ser trasladados a otras instituciones exponiéndolos a un inminente riesgo médico.

Sostuvo que el 27 de abril de 1997, bajo las directrices del Vicepresidente de la IPS, se inició el proyecto de adquisición de equipos en imagenología para las clínicas del Seguro Social, para lo cual se realizaron visitas a las clínicas de diferentes ciudades y seccionales con el fin de obtener datos históricos y estadísticos en servicios de imagenología y, además, se elaboraron cuadros de factibilidad financiera para el proyecto. Indicó que en dichas visitas se determinaron las necesidades de cada hospital y se evidenció el atraso tecnológico y las dificultades que éstos padecían.

Afirmó que: i) en el mes de marzo de 1998, la Coordinadora de Servicios de Imagenología, presentó ante el vicepresidente de IPS un informe titulado "*Proyecto para la adquisición de equipos de imagenología*"¹²⁵, ii) el 5 de marzo de 1999, la Vicepresidencia de la IPS elaboró un cuadro que contiene las necesidades de unidades en cada clínica del ISS, discriminando el tipo de equipo requerido, iii) el 30 de agosto de 2001, la doctora Diana Cristina Rivas, Coordinadora Nacional de Servicios de Salud, envió un listado de procedimientos quirúrgicos en espera para la red externa de prestadores de servicios de salud, en el cual se evidencia la deficiencia que tenía el ISS para la realización de exámenes de diagnóstico e imagenología, iv) el 14 de noviembre de 2001, la doctora Carmenza Devia, Vicepresidenta de la IPS, elaboró un documento dirigido a los gerentes de las clínicas, solicitándoles que, en forma prioritaria, enviaran las necesidades de los equipos médicos hospitalarios necesarios para la prestación de los servicios, v) el 19 de noviembre de 2001, se elaboró la primera acta de reunión para la iniciación del proyecto de dotación con tecnología de uso médico hospitalario y apoyo a las instituciones prestadoras de servicios de salud del ISS, la cual está firmada por el Consultor Externo Ricardo Galier, vi) el 22 de noviembre de 2001, la Vicepresidencia del IPS envió a la Presidencia del ISS, un documento

titulado "equipamiento con dotación médica hospitalaria en las clínicas del ISS", en el cual se discriminan los objetivos, el marco legal de las posibles contrataciones, los antecedentes técnicos y la posible minuta del contrato, vii) el 25 de noviembre de 2001 Doctor Mauricio Ramos, Jefe del Departamento Nacional Hospitalario, envió una comunicación al consultor externo Ricardo Galier, en la cual le dio a conocer las especificaciones técnicas básicas de las necesidades de dotación médica hospitalaria, viii) el día siguiente, el señor Galier, envió una comunicación a la Presidencia del ISS, en la cual se le informó de las actividades relacionadas con el proyecto de dotación hospitalaria, ix) el 10 de diciembre de 2001, en su calidad de Presidente del ISS, envió una comunicación a diferentes empresas, solicitándoles, que dieran a conocer las diferentes alternativas tecnológicas existentes en el mercado, relacionadas con imágenes diagnósticas, x) el 15 de diciembre siguiente, envió comunicaciones a las Vicepresidencias Administrativa, EPS, IPS y Financiera; y a la Dirección Jurídica Nacional, en las cuáles les informó que, para racionalizar el gasto de la IPS "se conforma un grupo de apoyo para el desarrollo del proyecto".

Adicionalmente, se refirió a la declaración que dentro del proceso disciplinario rindió el señor Ricardo Gailer, y señaló que la Procuraduría General de la Nación valoró sus afirmaciones de manera impropia y parcializada. Sostuvo que el testigo mencionado, corrobora su inocencia y, mediante su declaración se demostró:

- Que sí existió una labor previa para elaborar los estudios.
- Que en ella participaron funcionarios de las vicepresidencias de las EPS, de las IPS.
- Que la decisión de adquirir los equipos de imaginología no fue unilateral de Guillermo Fino sino del grupo de vicepresidentes que utilizarían los servicios.
- Que se crearon comités para realizar una buena preparación de la licitación VA 011 y,
- Que si hubo un estudio previo, entregado por Ricardo Gailer a los doctores García Ubaque, Reyes, a la Vicepresidencia de IPS y a la Gerencia Nacional de Bienes y servicios en cabeza de Edy Lucero Jiménez Pastrán.

Agregó que los testimonios de Edy Lucero Jiménez Pastrán y Carmenza Devia Valderrama, junto con los documentos ya mencionados; demuestran que si se efectuaron los estudios previos y que, la Procuraduría General de la Nación no efectuó una adecuada valoración probatoria apartándose de la correcta aplicación de la Ley.

3.2.1.1. Análisis de la Sala.

Previo a resolver el cargo planteado, la Sala reitera que el control que ejerce esta jurisdicción respecto de la potestad disciplinaria radica únicamente en examinar la legalidad de los actos proferidos con ocasión del ejercicio de dicha facultad, a la luz de las garantías constitucionales básicas, como lo son el derecho al debido proceso y a la defensa. De esta manera, esta Subsección, debe determinar si existe o no prueba que demuestre la existencia de los estudios previos, no sin antes exponer algunas consideraciones relacionadas con la naturaleza, contenido y alcance de esta exigencia legal.

l). De los estudios previos. Naturaleza, contenido y alcance.

Teniendo en cuenta que el contrato público es un instrumento jurídico para la ejecución de la planificación del presupuesto y para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, su preparación debe comenzar con antelación al momento en el que se tome la decisión de celebrarlo. Así, si bien el estatuto de contratación reconoce el postulado de la autonomía de la voluntad a favor de la Administración Pública (artículo 32 de la Ley 80 de 1993), ésta solo se traduce en la posibilidad de celebrar los contratos que sean convenientes para la Entidad y para la comunidad en general, pues no se trata de una prerrogativa encaminada a satisfacer el interés privado del sujeto contratante (como si ocurre v.gr en el derecho civil), sino de intereses que trascienden a las partes del negocio jurídico, los cuales se confunden con los fines del Estado¹²⁶.

Ahora bien. Como la actividad administrativa debe orientarse por los principios de economía, eficiencia y eficacia, las entidades públicas deben perseguir la consecución de los fines estatales pero no de cualquier manera, sino de una forma ordenada y racional, pues *"siendo ingentes las necesidades públicas y escasos los recursos destinados a su satisfacción, surge la necesidad de seleccionar las prioridades objetivas hacia las cuales se deben encaminar los esfuerzos del Estado"*¹²⁷.

En ese orden de ideas, es de trascendental importancia la planificación del contrato. Ésta y su herramienta financiera que es el presupuesto, se convierten en el marco político de la gestión contractual. Adicionalmente, la racionalidad del gasto público comporta que todo proyecto que adelante la Administración, debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica y, el impacto social que tenga en la satisfacción de las necesidades de los asociados y del interés general. Es así como debe existir una sólida justificación del gasto con el objeto de optimizar el manejo de los recursos estatales.

De este modo, es preciso que con anterioridad a la apertura del proceso de selección del contratista, la entidad contratante elabore los estudios y evaluaciones necesarios que permitan determinar adecuadamente las obras, los servicios o los bienes que pretende obtener.

El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"* ordena que *"con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones"*. (Las negrillas son de la Sala).

En lo que tiene que ver con la modalidad de selección del contratista por licitación, el inciso segundo del numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 dispone que *"de conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad"*. (Negrillas de la Sala).

Cabe precisar que esta exigencia legal no nació con la expedición de la Ley 80 de 1993, pues la misma se ha contemplado reiteradamente en la legislación colombiana, en los distintos estatutos de contratación administrativa. En efecto, el artículo 72 del Decreto 150 de 1976 preceptuaba que *"no podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos y determinados las demás especificaciones necesarias para su identificación"*. El mismo enunciado normativo se incorporó en el artículo 84 del Decreto - Ley 222 de 1983 y, finalmente, la Ley 80 de 1993, continuó con esa tradición jurídica. En vigencia del último cuerpo normativo, se expidió el Decreto 2170 de 2002, el cual regló de un modo más preciso la exigencia legal de los estudios previos. Sin embargo, la Sala no se referirá a éste por no encontrarse vigente al momento en el que se abrió la licitación VA 011 de 2002.

De esta manera, los estudios previos constituyen un deber que la administración está obligada a cumplir antes de la apertura del proceso de selección del contratista, con el objeto de darle una mayor certeza a la relación contractual, al definir: a. los requerimientos prioritarios de la entidad, b. la armonía entre éstos y los fines institucionales desde el punto de vista técnico y económico y c. el campo de las prestaciones mutuas entre la entidad estatal y el futuro contratista.

Tanto la jurisprudencia¹²⁸ como la doctrina¹²⁹, coinciden en afirmar que en los artículos de la Ley 80 que ya fueron citados, se encuentra previsto el principio de planeación (aunque técnicamente el legislador tituló al artículo 25 "*principio de economía*"), según el cual, la actividad contractual del Estado debe estar precedida de un juicioso análisis de conveniencia; necesidad y; de viabilidad jurídica, técnica y financiera; pues no puede estar sujeta a la improvisación. En efecto, la contratación estatal "*no es, ni puede ser una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos*"¹³⁰ (se destaca).

Sobre los estudios previos, en sentencia de 3 de diciembre de 2007¹³¹, la Sección Tercera de esta Corporación, consideró:

*"(...)En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25). Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30). Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato (...)Significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generan situaciones contrarias a la ley".*¹³²

Ahora bien. A efectos de determinar qué debe contener un estudio previo, resulta necesaria la referencia a lo que consideró la Sección Tercera de esta Corporación en la sentencia de 29 de agosto de 2007¹³³. En esa providencia, se reiteró que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso de selección; que estén encaminados a determinar, entre muchos aspectos relevantes, lo siguiente:

- i). La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;
- ii). Las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;
- iii). Las calidades, especificaciones y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos etc;
- iv). Los costos, valores, y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando precios, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios etc, que se pretende o requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;
- v). La disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones que se deriven de la celebración del pretendido contrato;
- vi). La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional e internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;
- vii). Los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista, y la celebración del contrato que se pretende celebrar;¹³⁴

A su turno, la doctrina¹³⁵ ha señalado que la elaboración de los estudios previos tiene dos implicaciones:

- i). De un lado, permiten identificar el objeto del contrato de manera completa y con ello se obtiene la participación de las personas que tengan la posibilidad de proporcionar las prestaciones que la entidad pretende contratar, al paso que se disuade a aquellas personas que no tienen las aptitudes que la entidad está exigiendo, por lo que finalmente se asegura la idoneidad de las ofertas presentadas a la entidad. De no hacerse unos estudios adecuados, se imposibilita la evaluación objetiva de las ofertas y se propician decisiones subjetivas. Y, de otro,
- ii). Los estudios previos deben ser completos pues el proyecto no puede ser modificado durante el desarrollo del proceso licitatorio, porque un cambio significa una burla a los que primero estuvieron interesados en participar y en esos términos se afectan los principios de concurrencia, transparencia e igualdad.

Ahora bien. La violación del deber legal de efectuar los estudios previos, vulnera los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, eficiencia, entre otros y, además, incide tanto en la etapa de formación del contrato, como en la etapa de ejecución. En la primera porque puede afectar el proceso de evaluación de las propuestas, por cuanto impide la comparación objetiva de las mismas; y, en la segunda, porque en el momento de la ejecución del contrato las omisiones de la Administración por falta de estudios y diseños definitivos generan serias consecuencias, en desmedro del interés general, los fines de la contratación y el patrimonio público; pues en los más de los casos conducen a modificar los precios, las cantidades y las condiciones técnicas inicialmente pactadas, generan el incremento de los costos del proyecto y, en el más grave de los casos, conducen a la paralización del contrato o a la imposibilidad de cumplir su objeto, situaciones

que generalmente culminan en cuantiosos pleitos judiciales.

II. De los estudios previos a la apertura de la licitación VA 011 de 2002.

Con el objeto de adquirir, instalar y poner en marcha equipos de imagenología y diagnóstico en las clínicas del Instituto de Seguros Sociales, el 24 de mayo de 2002, el señor Guillermo Fino Serrano -Presidente de esa Entidad-, dispuso la apertura de la licitación pública VA 011 de 2002. Uno de los cargos que la Procuraduría General de la Nación le endilgó al actor, fue el no haber elaborado los estudios previos a la apertura de dicho proceso de selección del contratista. No obstante, en criterio del señor Fino Serrano, los estudios previos sí se llevaron a cabo.

De las pruebas documentales que obran en el expediente y que tiene que ver con los antecedentes de la aludida licitación, se destacan los siguientes:

-Documento de 30 de agosto de 2001, mediante el cual la doctora Diana Cristina Díaz, [Coordinadora Nacional de servicios de salud], remitió al doctor Juan Carlos García, [director de planeación de EPS], la lista de procedimientos quirúrgicos pendientes de realizar¹³⁶.

- El "*Acta de la primera reunión para la iniciación del proyecto de dotación con tecnología de uso medio (sic) hospitalario y de apoyo a las instituciones prestadoras de servicio de salud del ISS*", del 19 de noviembre de 2001", suscrita por Ricardo Gailer. En ella se fijó el cronograma de actividades a realizar¹³⁷.

- Comunicación del 26 de noviembre de 2001 enviada por el señor Mauricio Ramos Medina, [jefe del Departamento Nacional Hospitalario de la Vicepresidencia de IPS], a Ricardo Gailer con la cual le remitió las especificaciones técnicas básicas de las necesidades en dotación médico hospitalaria, subproyecto de imagenología e intervencionismo, para cinco clínicas del seguro social [a saber: Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Bucaramanga]. En este documento se detallan las necesidades urgentes de dotación cardiovascular e imagenología.¹³⁸

- Documentos (sin firma) donde se relacionan las fortalezas y debilidades de los modelos de leasing, de arrendamiento y de asociación y, unas "*sugerencias para incluir en el contrato*"¹³⁹

- Oficio de 14 de noviembre de 2001, suscrito por Carmenza Devia Valderrama [Vicepresidenta del ISS, dirigido a los Gerentes de las Clínicas] en el cual les solicita enviar las necesidades de equipos médico hospitalarios de acuerdo con el nivel de atención¹⁴⁰.

- Documento de 19 de noviembre de 2001 de la Vicepresidencia de IPS, que contiene el proyecto de "*equipamiento con la dotación médico hospitalaria en las clínicas del ISS, en el que se discriminan los objetivos del ISS, el marco legal de las posibles contrataciones, los antecedentes técnicos y la posible minuta del contrato*"¹⁴¹.

- Obra el "*plan de dotación básica y tecnológica de las clínicas en 20 clínicas, año 2002*". Este documento contiene una tabla en la cual se relacionan las clínicas y las necesidades de las mismas por especialidad y tipo de bienes.¹⁴²

- Comunicación del 26 de noviembre de 2001, en la que el señor Gailer le informó a Guillermo Fino Serrano la gestión que había adelantado hasta esa fecha y anexó el borrador de justificación y lineamientos técnicos para un leasing operativo¹⁴³.

-Informe del 14 de febrero de 2002, presentado por el señor Ricardo Gailer a Guillermo Fino Serrano, sobre las actividades desarrolladas en cumplimiento de su gestión¹⁴⁴

- Asimismo, obran los antecedentes del proyecto de imagenología de los años 1997 y 1998¹⁴⁵, la aceptación a las ofertas presentadas por el ISS¹⁴⁶ y, además, el acta de la declaración que rindió el señor Gailer dentro del proceso disciplinario¹⁴⁸.

Visto lo anterior, la Sala precisa que ni el proyecto que envió la clínica San Pedro Claver al Instituto de los Seguros Sociales en el año de 1993, como tampoco los documentos y gestiones invocados por el demandante que datan de 1997 y 1998; pueden considerarse estudios previos o parte de los mismos, por la elemental razón de que las necesidades, prioridades y, datos históricos y estadísticos del ISS en el año 2002, no podían ser idénticas a las de los años 1993, 1997 y 1998.

Adicionalmente, de acuerdo con lo expuesto en los acápites precedentes, tampoco pueden considerarse estudios previos los demás documentos de los años 2000, 2001 y 2002, que improvisadamente aduce el demandante para intentar justificar que cumplió con la exigencia legal; entre otras cosas porque para que exista un estudio previo no basta con adelantar un proyecto de adquisición de equipos o identificar una necesidad (con estadísticas, informes, visitas o talleres de capacitación), sino que además se debe determinar: a. que el requerimiento de la entidad es prioritario y se ajusta a los fines institucionales desde el punto de vista técnico y económico, b. las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; c. las calidades, especificaciones y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos etc; d. los costos, valores, y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando precios, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios etc, que se pretende o requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; e. la disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones que se deriven de la celebración del pretendido contrato; f. la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional e internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; g. los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista.

En efecto, revisados los documentos que integran el proceso de la referencia, la Sala encuentra que ninguno de ellos -individual o conjuntamente considerado-, constituye un estudio previo, exigencia legal que no se cumple con improvisados documentos, habida cuenta de las características del contrato que se pretendía celebrar, su cuantía (\$19.300.000.000), sus particularidades técnicas, jurídicas y financieras, y,

su impacto presupuestal y social.

De otro lado, como el demandante aduce que las declaraciones de Ricardo Gailer, Carmenza Devia Valderrama y Edy Lucero Jiménez Pastrán acreditan que si se realizaron los estudios previos; se impone el análisis de esos testimonios tal como pasa a exponerse:

i). Declaraciones de Ricardo Gailer. Rindió dos declaraciones así:

-Declaración de los días 23 y 24 de septiembre de 2004¹⁴⁷.

En esta oportunidad, al preguntársele sobre su participación en el proceso de licitación VA 011 de 2002, sostuvo en síntesis que, en atención a sus conocimientos y experiencia en la materia¹⁴⁹; el ISS lo contrató "para hacer una evaluación sobre las necesidades técnicas que tenía la institución en sus clínicas". Afirmó que en desarrollo del objeto contractual, se creó un grupo interadministrativo con las diferentes dependencias del Instituto, con el objeto de efectuar un "levantamiento de la información necesaria para cumplir con el objetivo de la asesoría técnica (...), es decir volúmenes de pacientes, existencia de equipos actuales, pacientes en espera, equipos que existían en ese momento en las clínicas (...) y en general la información que permitiera definir qué tecnología necesitaban las clínicas para optimizar su atención". Agregó que se recogió toda esta información y que con fundamento en ella presentó -en una reunión que se realizó en la EPS-, el resultado de las necesidades que tenía el Instituto en sus diferentes clínicas.

Sostuvo que "esas necesidades radicaban básicamente en equipos para angiografía y hemodinamia, resonancia magnética nuclear, tomografía computarizada, radiología digital invasiva, ecocardiografía, ecografía para medicina interna, radiología en cirugía, radiología en pisos, medicina nuclear, todos éstos equipos de alta tecnología", y que ello quedó consignado en un documento que entregó a la EPS aproximadamente en noviembre de 2001. Afirmó que en la reunión que se realizó en la EPS, con ocasión de la entrega de este documento le pidieron el favor de que valorara, -de acuerdo con los precios del mercado- el valor de los equipos que se definieron como necesidades primordiales, y alguna alternativa financiera que le permitiera al instituto analizar la posibilidad de adquirir esos equipos. Señaló que de esta reunión no se hizo ninguna acta.

Manifestó que -a través de la Presidencia en cabeza del doctor GUILLERMO FINO-, solicitó a las empresas Siemens, Toshiba, General Electric, Philips y, a unas compañías de leasing; que enviaran información técnica y de precios de mercado para realizar la evaluación que había sido definida. Dijo que, sobre la información que esas empresas enviaron, realizó la evaluación financiera y valorización de los equipos y que, posteriormente presentó (en diciembre de 2001) un informe a la EPS, en una reunión que se llevó a cabo para el efecto. Indicó que finalizó el objeto contractual al analizar las diferentes alternativas planteadas en el informe, en el cual quedó consignado el valor unitario y global de los equipos para todas las regionales del ISS y las diferentes alternativas financieras tales como el leasing nacional. Sostuvo que dicho informe y los demás documentos que contenían las bases de datos que le permitieron definir los equipos, la información de los proveedores y; los leasings "quedó en la EPS".

Explicó que en esa primera etapa, a través de la doctora Carmenza Devia -directora de la IPS-, solicitó un censo a las diferentes clínicas del Instituto sobre sus necesidades en materia de equipos. Afirmó que fuera de ello existían en el ISS otras necesidades en otras áreas, tales como cuidados intensivos, cirugía, etc.

Manifestó que una vez cumplió el objeto del primer contrato de prestación de servicios, presentó ante el señor Fino Serrano una oferta para evaluar el resultado de su informe frente a los demás informes que habían presentado las clínicas del ISS y tratar de evaluar otras necesidades de las clínicas. Señaló que de esa oferta surgió un segundo contrato en el mes de marzo de 2002, en desarrollo del cual le solicitaron asistir a una reunión en la EPS para que diera su opinión sobre la definición de las necesidades más urgentes que tenía el Instituto en materia de equipos de imágenes, para que se analizara la posibilidad de adquirirlos.

Afirmó que en dicha reunión se definieron las necesidades más urgentes que tenía el ISS en las clínicas más importantes y que se elaboró un cuadro en el que se incluyeron las clínicas, los equipos que ellas requerían y los precios del mercado de los equipos y por supuesto un valor total, que era más o menos alrededor de veinte millones de dólares.

Sostuvo que en una reunión posterior le solicitaron la elaboración de un proyecto de pliego de condiciones y su colaboración en la evaluación de las propuestas, actividades que realizó, y con las cuales concluyó su labor.

Afirmó que después de un lapso, recibió una llamada de una funcionaria del ISS en la que i) le informaba que en esa entidad no encontraban la información que él había entregado y ii) le solicitaba que le diera la ubicación de la misma. Agregó que a dicha funcionaria le respondió "que había entregado la primera información referente a las necesidades al Doctor Jorge García de la EPS, y que el resto de la información la había visto en la IPS donde el doctor ÁLVARO. No sé cuanto tiempo después recibí una llamada que no recuerdo de quien fue, citándome a una reunión a la Presidencia del ISS, cuando ya estaba el nuevo Presidente. Estuve sentado una en las esquina de la mesa de juntas y me fui. Después supe que la licitación se había declarado desierta".

Posteriormente se le interrogó sobre su trayectoria laboral y afirmó que en la empresa SIEMENS S.A. (la cual participó en el proceso de licitación VA 011 de 2002) trabajó 21 años desempeñándose en distintos cargos, explicó que se retiró de dicha empresa "por reducción de gastos" y que en ella devengaba un salario de, aproximadamente, seis millones y medio. Sostuvo además que para la fecha en la que firmó el primer contrato de prestación de servicios, no tenía ningún vínculo con SIEMENS S.A.

Al preguntársele qué funcionario del ISS ofreció vincularlo a ese instituto mediante contrato, contestó: "yo había presentado directamente a la Presidencia del ISS, una carta ofreciendo mis servicios y poniendo a disposición de ese instituto todos los conocimientos que tenía. Posteriormente el doctor GUILLERMO FINO, presidente del ISS, no recuerdo la fecha, me entrevistó sobre mis conocimientos y sobre esa base me dijo que me contrataba". Sostuvo que presentó la oferta porque era "conocedor de las necesidades que tenía la institución y viendo que la preparación y los cursos que he realizado me dan capacidad técnica para imágenes diagnósticas, presenté una oferta escrita que entregué a una de las secretarías de la Presidencia del ISS, cuyo nombre no recuerdo". Agregó que conoció al señor Fino Serrano en dicha entrevista, que no tenía ningún vínculo con él y que, durante todo el proceso licitatorio, hablaron "tal vez unas tres veces".

Adicionalmente, manifestó que no conoció ni consultó el "Plan de dotación Básica y Tecnológica de las Clínicas del ISS", elaborado en el 2002 por funcionarios de esa entidad, en el que se relacionaban los requerimientos de las clínicas del Instituto en cuanto a equipos médico quirúrgicos de las diferentes especialidades, equipos de imagenología e instrumental para los diferentes procedimientos quirúrgicos.

- Declaración del 7 de marzo de 2006¹⁵⁰.

En esta segunda declaración, afirmó que trabajó en el ISS entre 5 y 6 meses. Dijo: "creo que fue entre septiembre y diciembre de 2001 y entre marzo y abril de 2002".

Al pedírsele un informe detallado sobre cuáles fueron las actividades a las que se comprometió con el contrato de asesoría que suscribió con el ISS, contestó que "el ISS me contrató para realizar un estudio de las necesidades que tenía la institución de equipos médicos, específicamente en el área de imágenes diagnósticas" (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Señaló que en desarrollo de su gestión, la Presidencia del ISS creó un grupo interdisciplinario para ubicar "la información necesaria que permitiera definir las necesidades que tenían las clínicas, evaluar su costo y las posibilidades financieras que tenía la institución para adquirir esas necesidades". Y que a ese comité le presentó el resultado de la asesoría que "incluía las necesidades totales de las clínicas, así como la información recopilada de los volúmenes que se mencionó anteriormente, y en ese comité se priorizaron las necesidades tanto en equipos como en clínicas para presentar un informe definitivo de las necesidades más urgentes". Agregó que tuvo contacto con varios funcionarios del Instituto, entre ellos, Mauricio Ramos, Álvaro Vélez, Nodier Ferro y otra doctora "cuyo nombre no recuerda". Sostuvo que de dichos servidores públicos obtuvo información estadística "por cada una de las clínicas que tenía la institución, referentes a pacientes, volúmenes de cirugías, de radiografías, estancia, consulta externa y represamiento".

Manifestó que de la Vicepresidencia de la EPS, tuvo contacto con el doctor Reyes (Vicepresidente de EPS), el doctor Juan Carlos García y el doctor Urán (encargado de los CAB). Explicó que "el primero porque cuando me hicieron la contratación, en la presidencia del ISS, el doctor FINO me dijo que el doctor REYES iba a ser el coordinador de la asesoría que yo iba a realizar. A través del doctor REYES conocí al doctor GARCÍA, quien me dio la información sobre el volumen de contratación externa y el volumen de afiliados que había en ese momento y las proyecciones de los posibles afiliados hacia el futuro. Al doctor URAN, lo conocí en una reunión del comité en la cual él participó, y expresó sus opiniones con respeto al resultado de las necesidades de equipos de las clínicas".

Se le preguntó sobre las actividades que realizó, las personas del ISS con las que tuvo contacto, y la información que revisó con dichos funcionarios, a lo cual respondió que "en el área financiera tuve contacto con 2 personas una señora y un señor, no me acuerdo los nombres, porque ellos hicieron unas simulaciones de leasing, arrendamiento financiero, que se entregaron como parte de mi asesoría. La simulación se refiere al cálculo en el tiempo del costo del canon de arrendamiento mensual que se tendría que pagar para adquirir los equipos que se necesitaban, se hizo una proyección de cuanto constarían los equipos que se necesitaban, se hizo una proyección de cuanto constaría el canon a 24, 6 y 60 meses, pero el valor no lo recuerdo, ese quedó en el estudio que yo presenté como resultado de la asesoría".

Señaló que la mayoría de los equipos que existían en la Clínicas del Seguro Social eran viejos y en muchos casos se encontraban dañados. Aseguró "me acuerdo en este momento que el tomógrafo de Bucaramanga estaba dañado, ya para dar otros ejemplos, no habían tomógrafos ni en Medellín ni en Barranquilla y que no había resonancia magnética en todo el Seguro Social, esta información la saqué de un listado inicial que me entregó el doctor RAMOS y este listado se corroboró con mantenimiento y con las clínicas".

Respecto del informe que motivó la declaratoria de desierta de la licitación, se destacan los siguientes apartes de la declaración:

"PREGUNTADO: El comité creado por el doctor Cadena informó a dicho presidente del ISS que la licitación VA 011 no se basó en un estudio previo que contuviera necesidades de equipos, proyección de la población usuaria, necesidades de modernización de equipos del ISS, considera que ese informe se ajusta a lo que realmente ocurrió. CONTESTÓ: Básicamente yo no conozco el informe que le presentaron al doctor Cadena y lo que le entiendo a la doctora apoderada es que me está solicitando una opinión sobre si esa información existía o no, la información como tal si existía, sobre si se ajusta realmente a lo que ocurrió es como decía una opinión sobre un informe que no conozco. En este estado de la diligencia, la apoderada solicita al testigo leer el informe presentado por el comité designado por el doctor Cadena relacionado con la revisión técnica de la licitación VA 011 DE 2002 visible a folios 15 a 46 del Cuaderno 1. Anota el testigo que proyecciones de población usuaria compensada por seccional y ciudad sí había, como lo he dicho tanto de los afiliados que existían en ese momento como de los que el Seguro proyectaba hacia el futuro, necesidades prioritarias en equipos en las clínicas del seguro social, si había lo entregué con mi informe, tanto para todas las clínicas como la priorización definida en la reunión que se realizó en la EPS, no entiendo a que se refiere con "factibilidad funcional", precios del mercado de los bienes necesarios, sí había porque los cuadros se entregaron debidamente valorizados utilizando como base los estándares internacionales y la información recibida de los diferentes proveedores, viabilidad financiera, administrativa, operativa y de retorno a la inversión, no sé si la hubo, yo no la entregué con mi informe, otras posibles alternativas de renovación de tecnológica, sí las hubo y en el momento de la priorización, en la reunión del comité interdisciplinario llevado a cabo en la EPS, se escogió la alternativa menos costosa, ejemplo, en ese momento existían tomógrafos computarizados de 2 hasta 8 cortes, se escogió el de 2, conceptos de las diferentes instancias del ISS, no sé si las hubo.

Respecto de si, las necesidades relativas a la atención a los pacientes y represamiento quirúrgico en el ISS, se satisfacían con el contrato que se pretendía celebrar, con ocasión de la licitación Va 011 de 2002; el declarante afirmó:

PREGUNTADO: cuáles son los argumentos que usted podría dar para efecto de sustentar que la licitación VA 011 se ajustó a las necesidades que tenía el ISS para atender su carga de pacientes y disminuir su repesa quirúrgica. CONTESTÓ: Conceptuar en una institución como el ISS sobre que el área mas importante de la misma es el diagnóstico por imagen, y que las otras áreas no son importantes no sería correcta, creo que todas las áreas, tienen una importancia primordial para el ISS y que las mismas deberían dotarse y priorizarse en su totalidad en beneficio de los afiliados a la institución, sin embargo, es claro que la disponibilidad financiera no permite efectuar tal desarrollo y que por lo tanto se debe realizar dotaciones de área por área como lo dije anteriormente creo que el área de imagenología es un área supremamente importante dentro de cualquier institución de Salud.

(...)
PREGUNTADO: Teniendo en cuenta que de acuerdo con diferentes estudios adelantados en el ISS, sobre necesidades en materia de dotación de equipos médico quirúrgicos para las diferentes especialidades de las clínicas del ISS, tales como las consignadas en el documento PLAN DE DOTACIÓN BÁSICA Y TECNOLÓGICA DE LAS CLINICAS EN 20 CLÍNICAS AÑO 2002, estudio que estaba previsto para ser ejecutado durante los años 2002 a 2004, informe a éste Despacho cuál fue la razón para que la asesoría prestada por usted, según las 2 órdenes de prestación de servicios que suscribió con el ISS, se suscribiera a equipos de alta tecnología con la especialidad de imagenología y diagnóstico. CONTESTÓ.

Realicé la asesoría y los estudios en el área de imagenología por definición del doctor FINO, Presidente del Seguro Social, doctor REYES Vicepresidente de la EPS y no me acuerdo si el doctor JUAN CARLOS GARCÍA estaba presente en ese momento en la reunión que se realizó en la Presidencia del ISS por invitación del doctor FINO, en esa reunión el doctor FINO, informó de la asesoría que yo iba a llevar a cabo y me informó que el doctor REYES Y GARCÍA serían los revisores de mis órdenes de servicio. En esa misma reunión, el doctor REYES puso de presente las grandes dificultades que tenía la institución con hemodinamia, la gran cantidad de tutelas y creo que esos argumentos motivaron la decisión de informarme a mí de realizar el trabajo con el área de imágenes.

De otro lado, el declarante indicó que no conoció el "PLAN DE DOTACIÓN BÁSICA Y TECNOLÓGICA DE LAS CLÍNICAS EN 20 CLÍNICAS AÑO 2002" que debía ejecutarse en los años 2002 a 2004, elaborado por la Vicepresidencia de IPS.

Sobre las modalidades y alternativas de contratación, manifestó que como parte de su asesoría presentó la alternativa de leasing financiero porque i) el ISS no contaba con recursos suficientes para efectuar una compra de la dotación total, y ii) los proveedores ofrecen esta alternativa en forma directa para colocar sus productos en los diferentes mercados. Afirmó que desconocía la razón por la cual el ISS no tuvo en cuenta la alternativa de leasing y optó por un contrato de compraventa.

En lo que tiene que ver con los estudios previos, como deber que establece la Ley 80 de 1993, se destaca el siguiente fragmento de la declaración:

"PREGUNTADO. Conoce usted lo que significa a la luz de la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Pública, los estudios de conveniencia y oportunidad que debe anteceder a la apertura de una licitación pública. CONTESTÓ: No soy un experto en Ley 80, soy un experto en tecnología, se que existe una Ley de contratación pero no la conozco ni la aplico.

PREGUNTADO. Considera que el informe presentado al ISS por usted donde señala las necesidades del ISS en material de imágenes diagnósticas, puede considerarse a la luz de la Ley 80 un estudio de conveniencia y oportunidad. CONTESTO: No lo sé, lo que se es que la evaluación real de las necesidades de equipos y tecnología que el instituto tenía en ese momento en la materia.

ii) Declaración de Edy Lucero Jiménez Pastrán¹⁵¹.

Rendida el 24 de marzo de 2006. Afirmó que es administradora de empresas y que laboró en el ISS como Gerente Nacional de Bienes y Servicios, desde agosto de 2001 hasta agosto de 2002. Sostuvo que sus funciones eran las de adelantar algunos procesos de licitación que fueron: el de los seguros de los bienes del ISS, el de los insumos de papelería y, el de los equipos de cómputo entre otros. Dijo que las áreas que requerían estos productos hacían la solicitud a la Gerencia, para adelantar el proceso de licitación.

Sobre su intervención en el proceso de licitación VA 011 de 2002, afirmó que asistió a 1 o 2 reuniones en las que se trató el tema de los problemas de las clínicas del ISS por el represamiento en los distintos exámenes, "creo que se llama diagnóstico". Manifestó que en dichas reuniones asistieron delegados de la EPS y de la IPS, de la jurídica, de la financiera y, el señor Ricardo Gailer. Señaló que en esa reunión percibió que para los delegados de la IPS y EPS, era un tema que se venía trabajando desde mucho antes, "se habló de la necesidad de adquirir los equipos, o de buscar otra alternativa para solucionar el problema, no recuerdo quién hizo la presentación". Dijo que no recordaba los nombres de los funcionarios que asistieron a dichas reuniones pero que ellos comentaban que se trataba de un proyecto que venía trabajando con anterioridad a que el Presidente Fino llegara al Seguro Social y que en ese momento resultaba prioritario, por los problemas que tenía el ISS con ocasión de la sanción que le impuso la Superintendencia.

De esta declaración, se destacan los apartes que se transcriben a continuación:

"PREGUNTADO. Cuál fue la participación dentro del proceso contractual del dr. Juan Carlos García Ubaque, director del área de contratación de EPS. CONTESTÓ: Sé que como la IPS y EPS realizaron los estudios previos de las necesidades y el doctor Juan Carlos creo era el gerente Nacional de Contratación de EPS, es lógico que tenía que estar enterado absolutamente del tema. PREGUNTADO. Le entregó el Doctor Juan Carlos García Ubaque a usted algún informe de las tareas adelantadas por el señor RICARDO GAILER, CONTESTÓ: No que yo recuerde. PREGUNTADO: dígame al Despacho si le consta que el señor Ricardo Gailer presentó informes de su trabajo de consultoría. CONTESTÓ. No lo sé, supongo que al supervisor del contrato que él tenía, no lo sé PREGUNTADO. Dígame al despacho si le consta que la Vicepresidencia Administrativa a cargo de JESÚS ENRIQUE GIRALDO recibió la información sobre estudios previos que usted le entregó. CONTESTO: Habla de estudios previos y la Gerencia Nacional de Bienes se limitó a adelantar el proceso de licitación con los insumos que le fueron entregados (los pliegos, la disponibilidad presupuestal, el estudio de mercado, que no recuerdo de que se trataba su contenido). Esto estaba en las AZ que le fueron entregadas a Jesús Enrique Giraldo por mí. PREGUNTADO. Durante las diligencias adelantadas por la oficina que usted dirigía recuerda que los términos de referencia se hayan elaborado usando los estudios previos remitidos por la IPS y por la EPS. CONTESTÓ: No lo recuerdo, sé que en mi oficina no se hicieron, nunca se hacían, porque éstos correspondían a las áreas que solicitaran se adelantara la contratación. PREGUNTADO: Conoció usted alguna objeción de funcionarios de las vicepresidencias de IPS o de EPS para que no se adelantara la licitación debido a que la misma no se ajustaba a las necesidades del ISS. CONTESTÓ: No nunca jamás, ni antes de iniciar el proceso no dentro del proceso. PREGUNTADO: Contaba con el visto bueno de la dirección de planeación corporativa el proyecto de adquisición de equipos de imagenología CONTESTÓ: Sí, porque nosotros no adelantábamos ningún proceso que no estuviera dentro del presupuesto del ISS, además si mal no estoy este es un proyecto que se venía adelantando desde años atrás. Y que estaba incluido dentro del Banco de Proyectos del ISS. PREGUNTADO. Considera usted que la adquisición de esos equipos eran de gran importancia o no para el ISS CONTESTÓ: Yo diría que eran de alta importancia por las solicitudes que hacían las diferentes clínicas tanto de mantenimiento por ser equipos viejos y por las conversaciones o comentarios que se hacían en los comités de Presidencia por parte de la IPS y la EPS, en donde decían los serios problemas que estaban teniendo con la repesa de procedimientos de diagnóstico y de otros. PREGUNTADO. cuál fue la opinión expresada por la doctora PRATICIA CASTRO SABOGAL, acerca de la necesidad de adquirir estos equipos. CONTESTO: A la doctora Patricia Castro la conocí en mi oficina cuando fueron a realizar la evaluación técnica de las ofertas, en ese instante manifestó que le parecía muy importante para el seguro social que por fin después de tantos años se hiciera realidad la adquisición de estos equipos, porque ella sabía de la problemática que se estaba teniendo con los equipos que en algunos casos podrían tener más de 30 años de atraso con respecto a la nueva tecnología y que muchos de ellos estaban dañados.

(...)

PREGUNTADO. Dado en cargo que usted desempeñaba como Gerente de Bienes y Servicios del ISS, informe a este despacho, de acuerdo con el

organigrama y manual de funciones del mismo, vigentes para la época en la que se ordenó la apertura de la licitación VA 011 de 2002, cuál era la dependencia encargada de establecer las necesidades en materia de dotación de equipos médico quirúrgicos de las diferentes especialidades médicas que requerían las clínicas del ISS, así como de establecer las prioridades para su adquisición. CONTESTÓ: Las Vicepresidencias de la EPS y IPS, PREGUNTADO: Con base en lo anterior responda si la Vicepresidencia de IPS y la EPS, fueron consultadas por la Presidencia del ISS y/o recomendaron la compra de los equipos que se pensaban adquirir mediante la licitación VA 011 de 2002, en caso afirmativo, sustente sus razones. CONTESTÓ: En las reuniones que asistí, no recuerdo los nombres, pero los funcionarios delegados por la IPS y EPS comentaban de la necesidad de la adquisición de equipos. PREGUNTADO: Qué funcionario del ISS, impartió la instrucción de que la Gerencia de Bienes y Servicios sería la dependencia encargada de realizar los trámites relacionados con la licitación VA 011 de 2002 y cuál cree usted fue la razón para ello. CONTESTÓ: Si mal no recuerdo, es de una Resolución de Presidencia, la razón, no lo sé. PREGUNTADO: Qué conocimientos tiene usted sobre equipos médico quirúrgicos de alta especialidad. CONTESTÓ: Nada, además porque mi trabajo no se relaciona con esto".

iii). Declaración de Carmenza Devia Valderrama¹⁵².

Se practicó el 28 de marzo de 2006.

La testigo sostuvo que se desempeña en el cargo de Vicepresidente de IPS en el ISS, que trabaja en el ese instituto desde hace 7 años y, que fue Vicepresidente de IPS desde el 1 de febrero de 2000 a diciembre de 2001, pues desde el 1 de enero de 2002 hasta el mes de mayo del mismo año, estuvo en una comisión especial que le otorgó la Presidencia del doctor Fino para desarrollar dos proyectos especiales. Agregó que en el mes de mayo de 2002 fue nombrada como gerente de mercadeo y que en ese año no tuvo nada que ver con IPS. Sostuvo que asumió el cargo de Vicepresidente a inicios del año 2000 y que encontraron que las clínicas tenían varios problemas, "uno de orden económico muy grande porque la IPS tenía un déficit de alrededor un billón de pesos". Agregó:

"encontramos que esta situación llevaba a analizar varios aspectos, primero por el costo de las clínicas, desde el punto de vista del recurso humano, segundo las instalaciones locativas de las mismas clínicas y, en tercer lugar, lo referente a la dotación en equipos que habían en las clínicas. Sobre el último punto que es al que se me está haciendo referencia, quiero decirles que se tomaron por parte de la Vicepresidencia las siguientes medidas: primero, destinar un presupuesto para mantenimiento de los equipos que fueran recuperables, lo segundo, pedirle a los gerentes de las clínicas en esa época, que nos dieran a conocer sus necesidades en materia de equipos tanto para atender la baja complejidad, la mediana y la alta complejidad, porque de acuerdo al presupuesto que nos autorizaran para proyectos de inversión, se pensaba adelantar un plan de reposición de equipos a cinco años con un costo si mal no recuerdo de aproximadamente 35 mil a 40 mil millones de pesos. Se tomó la decisión de que lo primero que debía el instituto entrar a reponer era lo referente a la dotación básica de consultorios, instrumental y equipos de cirugías menores y que posteriormente se irían adquiriendo equipos de mediana y alta complejidad". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

(...)

De esta declaración también se destacan los siguientes apartes:

"PREGUNTADO. Como Vicepresidente de IPS cuántas veces informó por escrito a los Presidentes del ISS sobre las deficiencias en materia de equipos para imágenes diagnósticas y que respuesta obtuvo de cada uno de ellos. CONTESTÓ: Esto depende del estilo del Presidente, con el doctor Jaime Arias, hacía comité técnico con su equipo directivo todos los lunes, y en ellos cada uno de nosotros presentaba la información correspondiente de su área (...) En esa época no había presupuesto para inversión de equipos. En la época del doctor FINO, tuve la oportunidad de informarle las necesidades de las clínicas, se le hizo conocer una base de datos de dotación básica de equipos médicos para consultorios, instrumental, cirugía, que fue la que yo mencioné anteriormente y que yo solicité a los gerentes de las clínicas, porque nadie mejor que ellos conocían la situación de su clínica. Esta información fue remitida a fines de 2001, que fue la época en que yo estuve con él de Vicepresidenta de IPS.

(...)

PREGUNTADO. En su concepto los equipos a adquirir en la licitación VA 011 de 2002, sobre imagenología, no se necesitaban, no eran necesarios, constituían una compra superflua o innecesaria. CONTESTO. Yo no opino porque en esa época no estaba como Vicepresidenta de IPS en esa época.

(...)

PREGUNTADO. Sabía usted si existía un mandato de la junta directiva del ISS para iniciar, a la mayor brevedad posible el proceso de renovación tecnológica del ISS. CONTESTO: Si, el mandato fue entre fines de 2001 y agosto de 2002, no lo conocí, pero lo que si quiero decir es que la junta conocía la situación presupuestal del ISS y estuvo informada de la situación de la IPS y EPS. (Las negrillas y subrayas, son de la Sala).

Finalmente, la testigo afirmó que en el año 2002, le correspondía a la Vicepresidencia de IPS definir las prioridades para la adquisición de equipos medico quirúrgicos de baja, mediana y alta tecnología con destino a sus clínicas y que durante el tiempo en el que se desempeñó como Vicepresidente de IPS no se elaboró ningún estudio ni se solicitó a la Presidencia del ISS la compra de equipos de alta tecnología, tales como los que se pensaban adquirir en la licitación VA 011 de 2002.

Ahora bien. La Sala advierte que, contrario a lo que afirmó Guillermo Fino Serrano, las anteriores declaraciones no demuestran que se elaboraron los estudios previos a la apertura de la licitación VA 011 de 2002.

En primer lugar, el señor Ricardo Gailer precisa que fue contratado para determinar las necesidades de las clínicas del ISS en materia de equipos de imágenes diagnósticas, y afirma que ignora lo que debe contener un estudio previo y que no conoce "ni aplica" las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993. Llama la atención que el demandante pretenda probar la existencia de un estudio previo, con la declaración de quien ignora los aspectos más elementales de la contratación pública¹⁵³.

En todo caso, la declaración del señor Ricardo Gailer no da fe de que hubo un análisis serio, juicioso y completo de la necesidad, conveniencia y oportunidad de la celebración de ese contrato, ni de los requerimientos prioritarios que tenía el ISS. En efecto, él manifestó que fue contratado para determinar las necesidades en materia de equipos de imágenes diagnósticas, pero su dicho no acredita que esas necesidades fueran prioritarias frente a las otras que tenía el Seguro Social. De otra parte, la Sala no entiende porqué a pesar de que el señor Gailer manifestó que dada la carencia de presupuesto del ISS para adquirir la dotación total de equipos, se imponía la alternativa del leasing financiero; el ISS optó por la modalidad de compra.

Lo dicho por el testigo tampoco demuestra a. que el requerimiento del ISS en materia de equipos de imágenes diagnósticas se ajustaba a los fines institucionales desde el punto de vista técnico y económico, b. las opciones o modalidades existentes para satisfacer la necesidad del ISS y las razones que justificaban la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escogió (compraventa); c. las calidades, especificaciones y demás características que debían reunir los equipos de imagenología, ni los análisis técnicos; d. los costos, valores, y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato consultando precios, y especificaciones de los bienes; ni de la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; e. la disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones que se derivaran de la celebración del contrato (según el señor Gailer, el ISS no contaba con presupuesto suficiente); f. la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional e internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante (solo se probó que se consultaron dos proveedores: Siemens y Phillips); g. los procedimientos, trámites y requisitos que debían satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del contratista.

Adicionalmente, a pesar de que el señor Gailer alude a unos análisis que supuestamente elaboró, relacionados con las necesidades, estudios financieros, de precios y de mercado; su dicho no tiene el suficiente soporte documental.

Por último, al valorar esta prueba testimonial, la Sala no puede desconocer que i) el segundo de los cargos que la Procuraduría General de la Nación le formuló al señor Guillermo Fino Serrano, se refiere, precisamente, a la celebración de los contratos de prestación de servicios con el señor Gailer, siendo que, el Instituto de los Seguros Sociales, contaba con personal de planta idóneo para adelantar el proceso precontractual y ii) que el declarante quien trabajó 21 años en la empresa SIMENS S.A., oferente en el proceso licitatorio-, participó no solo en la elaboración del pliego de condiciones sino también en el proceso de evaluación de las propuestas, en desmedro del principio de selección objetiva.

En segundo término, la declaración de la señora Edy Lucero Jiménez Pastrán, tampoco acredita que antes de la apertura de la licitación VA 011 de 2002 se llevaran a cabo los estudios previos. En efecto, la testigo afirmó que su intervención en el referido proceso de selección, se limitó a asistir a 1 o 2 reuniones; que en ellas los funcionarios de EPS e IPS comentaban la necesidad de los equipos; que no le consta que el señor Gailer haya presentado sus informes y; que la Gerencia Nacional de Bienes y Servicios, -que era la dependencia que estaba a su cargo-, se limitó a adelantar el proceso de licitación y nada tenía que ver con la elaboración de estudios previos.

En tercer lugar, la declaración de Carmenza Devia Valderrama, lejos de demostrar que se elaboraron estudios previos a la licitación VA 011 de 2002, acredita que cuando ejerció el Cargo de Vicepresidente de IPS (2000-2001), las necesidades prioritarias del ISS no eran los equipos de imágenes diagnósticas, sino lo *"referente a la dotación básica de consultorios, instrumental y equipos de cirugías menores, y que posteriormente se irían adquiriendo equipos de mediana y alta complejidad"*

Por último, la Sala concluye que no hay prueba que demuestre que efectivamente se hayan elaborado los estudios previos a la apertura de la licitación VA 011 de 2002. Tan no se cumplió con esta exigencia legal, que el Presidente que sucedió al aquí demandante en la dirección del ISS, tuvo que declarar desierta la licitación, tal y como se motivó en la Resolución N° 4037 del 30 de septiembre de 2002¹⁵⁴.

3.2.2. Falsa motivación. Porque la sanción impuesta al demandante, se sustentó en afirmaciones que nunca expresó el señor Ricardo Gailer, de manera que el Procurador General de la Nación profirió un fallo contrario a la realidad de los hechos.

Afirma el actor que resulta contraria a derecho la valoración de las pruebas efectuada por la entidad demandada, tal y como se aprecia en la página 22 del fallo sancionatorio en el cual, la Procuraduría General de la Nación señala:

"manifiesta el señor Gailer ´realicé la asesoría y los estudios en el área de imagenología, por definición del doctor Fino´ lo que hace aún más evidente que la decisión de adquirir los equipos de imagenología fue una decisión unilateral y sin fundamentos técnicos del inculpado"

En su criterio *"Resulta grosera, por no decir menos, la forma como se tergiversa la referida cita, y que se pretende pone (sic) en boca del Señor GAILER. En un irresponsable y mentiroso manejo de la prueba, contrario a las disposiciones de la Ley 734 de 1992 (sic), los investigadores resolvieron acomodar a su gusto la declaración de RICARDO GAILER subrayando incluso con negrillas frases que NUNCA FUERON EXPRESADAS POR EL TESTIGO, en la forma en que se le está citando"*

Manifestó que a pesar de que se le pretende endilgar un interés particular y contrario a la buena marcha de la administración *"al tomar una decisión incoherente de dar apertura a la licitación VA011 de 2002, con torvos intereses"*, ello está totalmente descartado *"con una simple reflexión; porque si GUILLERMO FINO, quería inclinar la balanza en la compra de equipos de imagenología, a un determinado proveedor, no adjudico (sic) el respectivo contrato cuando legalmente estaba facultado para hacerlo, y tomo (sic) más bien la opción de aplazar la adjudicación y cederle lealmente esa responsabilidad a su sucesor el Dr. HÉCTOR CADENA?, no se vieron entonces durante la finalización del Gobierno del Presidente Andrés Pastrana, una serie de adjudicaciones de "última hora", que más tarde fueron seriamente cuestionadas?"*.

Sostuvo que nunca tuvo un interés distinto al de cumplir sus deberes y defender los intereses institucionales del ISS, y señaló : *"miente en consecuencia, (...) quien hace la falsa cita incorporada como sustento al fallo del Señor Procurador, afectando el resultado del proceso con la causal de FALSA MOTIVACIÓN, establecida en el Código Contencioso Administrativo, utilizando una afirmación que NO CORRESPONDE A LO DICHO POR EL TESTIGO, en consecuencia quien proyectó la sanción para su firma, induce a un prevaricato al señor Procurador, por cuanto se está resolviendo una situación jurídica, sobre la base de una AFIRMACIÓN puesta en boca del testigo, que es INEXISTENTE, y sobre la que se basa la argumentación que lleva a aplicar la sanción que se le aplicó a mi defendido"*¹⁵⁵

3.2.2.1. Análisis de la Sala.

Con el objeto de resolver este cargo, basta con observar la declaración del señor Ricardo Gailer, para advertir que, en efecto, él manifestó que *realizó la asesoría y los estudios en imagenología por definición del doctor Fino*¹⁵⁶. De este modo no le asiste la razón al accionante al manifestar que la Procuraduría fundó su decisión en frases que nunca fueron expresadas por el testigo.

Adicionalmente, la Sala precisa que i) la declaración del señor Ricardo Gailer no fue la única que valoró la entidad demandada, ni fue el único soporte de la decisión sancionatoria, y ii) fue acertada la valoración probatoria que la Procuraduría efectuó respecto de la declaración de Ricardo Gailer, porque de ella, y de otras pruebas, se desprende que la necesidad que tenía en ISS en materia de equipos de imagenología no era prioritaria, y que él procedió a desarrollar su asesoría para la adquisición de dichos equipos *"por definición del doctor Fino"*.

De este modo la conclusión de la Procuraduría, en el sentido de que la anterior declaración *"hace aún más evidente que la decisión de adquirir*

los equipos de imagenología, fue más una decisión unilateral y sin fundamentos técnicos del inculpado, quien se apartó de las necesidades reales que para ese momento tenían las clínicas de la Institución que presidía", no es contraria a la realidad de los hechos, como equivocadamente lo afirma la parte actora.

3.2.3. Falsa motivación, porque las consideraciones de la entidad demandada son absolutamente contradictorias y carecen de los elementos fácticos y jurídicos que permitan configurar la tipicidad necesaria para sancionar.

El demandante afirma que sí adelantó los estudios previos¹⁵⁷ y que las consideraciones de la Procuraduría son contradictorias, entre otras cosas porque de un lado, afirma que bien podían existir las necesidades y apropiaciones pero, de otro, considera que en el caso concreto no se dio cumplimiento a la exigencia legal prevista en el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Agrega el actor que el nivel de detalle que debe contener un estudio previo fue reglado por el artículo 8 del Decreto 2179 (sic) de 2002¹⁵⁸, disposición que no se encontraba vigente al momento de dar inicio a la licitación VA 011, pues fue expedido el 30 de septiembre de 2002, es decir, 5 meses después de la apertura de la citada licitación. No obstante, indicó que procuró todos los medios necesarios para que el objetivo de sacar adelante el proceso licitatorio, se rodeara de todos los elementos de juicio a fin de asegurar un transparente proceso de preparación de la licitación y de selección de los proponentes.

En su criterio, los análisis realizados por el ISS, que fueron complementados por el señor Gailer Garcés, tienen la calidad de estudios previos y, como en nuestro ordenamiento jurídico debe primar lo sustancial sobre lo formal, ha de concluirse que el proceso de licitación que adelantó no merece reproche.

3.2.3.1. Análisis de la Sala.

Aunque los argumentos del demandante no son lo suficientemente consistentes, revisados los actos administrativos demandados la Sala no advierte contradicción argumentativa alguna que los vicie de nulidad. Al contrario: la Procuraduría General de la Nación expuso clara, razonada y coherentemente los argumentos [fácticos y jurídicos] por los cuáles consideró disciplinariamente responsable al señor Guillermo Fino Serrano, quien incurrió en la falta tipificada en el artículo 48 (numeral 31) de la Ley 734 de 2002.

Al efecto, la entidad demandada precisó *i)* que al aquí accionante no se le reprocha el solo hecho de abrir la licitación, sino que haya tomado esa decisión sin que previamente hubiese adelantado los estudios de conveniencia y oportunidad, *ii)* que si bien podían existir una necesidad y unas apropiaciones, ello no basta para considerar satisfecho el deber legal que tienen las Entidades Públicas de elaborar los estudios previos a la decisión de iniciar un proceso contractual y, *iii)* que las actuaciones en materia de contratación estatal, son regladas, por consiguiente, el deber del señor Fino Serrano, no se podía limitar a la adopción de la decisión de adelantar el proceso de selección del contratista, sin que el mismo estuviera acorde con las exigencias de Ley.

De otro lado, esta Sala precisa que el cargo que se estudia no está bien formulado, porque de acuerdo con la jurisprudencia de ésta Corporación, la falsa motivación como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. Estas circunstancias no fueron alegadas por el demandante en el cargo que nos ocupa¹⁵⁹.

3.2.4. Falsa motivación, porque la Procuraduría General de la Nación no tuvo en cuenta lo que consideró la Corte Constitucional en la sentencia C- 818 de 2005.

El señor Guillermo Fino Serrano sostuvo que en sentencia C-818 de 2005, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de la disposición contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (la cual describe la falta que se le endilgó). Precisó que dicha providencia no constituye una simple interpretación del máximo Tribunal encargado de la guarda de la Constitución, sino que es una decisión sobre la aplicación de una disposición legal y, por tanto, que hace parte del bloque de constitucionalidad y de legalidad que debe ser acatado por todos los operadores jurídicos.

Dijo que de acuerdo con lo previsto en el numeral 31 del artículo 48 del C.D.U., constituye falta gravísima "*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*"; y, que en la ya citada sentencia C -818 de 2005, la Corte condicionó su constitucionalidad.

Explicó que en ese fallo se precisó que las actuaciones disciplinarias deben orientarse por *i)* los principios derivados del derecho al debido proceso, *ii)* el principio de legalidad y *iii)* el principio de tipicidad de la conducta (que deriva del segundo).

Asimismo, en términos del demandante, la Corte indicó que la conducta prevista en el numeral 31 del artículo 48 del C.D.U., está tipificada de manera vaga, deficiente y lesiva de las garantías fundamentales del debido proceso del sujeto disciplinado, ya que establece como falta gravísima el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa en la actividad precontractual y contractual del Estado, sin que se concrete de manera taxativa y específica el tipo de conductas que dan lugar a la configuración del comportamiento prohibido.

Por lo anterior, la Corte Constitucional, consideró que para convalidar el señalamiento de un principio que regula la contratación estatal y la función pública como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, es necesario:

i). Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor, para lo cual es indispensable demostrar que, a pesar de que la conducta reprochable tiene su origen en un principio, *a)* La misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa o, *b)* que a pesar de su generalidad, éste [el principio] 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.

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

complemento.

iii). El derecho disciplinario se somete al principio constitucional de proporcionalidad, por esa razón, es obligación del funcionario investigador, determinar si el comportamiento reprochable resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta. De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor público o al particular, se ajusta al principio de antijuricidad material o lesividad, reconocido por el legislador en la Ley 734 de 2002.

En criterio del actor, en este caso la Procuraduría General de la Nación, al imponerle las sanciones de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 12 años, no tuvo en cuenta los requisitos para la determinación de la falta, a pesar de que la investigación tardó aproximadamente 4 años. Por ello, sostuvo que no incurrió en la conducta descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y, en consecuencia, no puede ser sancionado.

3.2.4.1. Análisis de la Sala.

A efectos de resolver el cargo planteado, la Sala examinará en primer lugar, el contenido de la sentencia que invoca el demandante; posteriormente se referirá a los actos demandados, particularmente a los acápites en los que la Procuraduría alude a dicho fallo y, finalmente; determinará si la entidad demandada desconoció lo que consideró la Corte Constitucional en esa oportunidad.

I. La sentencia C-818 de 2005.

En esa providencia, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de la disposición contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en la cual se encuentra prevista una de las faltas disciplinarias que la Procuraduría General de la Nación le endilgó al señor Guillermo Fino Serrano:

"Artículo 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 la Ley" (Las negrillas son de la Sala). Dicha Corporación analizó el contenido y alcance de los principios de legalidad, reserva de Ley y tipicidad, aparentemente vulnerados por el legislador al dictar la disposición acusada y, posteriormente, decidió declarar condicionalmente exequible la expresión *"o desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley"*, contenida en ella, *en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.*

Al efecto, el máximo Tribunal encargado de la guarda de la Constitución concluyó:

"(...) para convalidar el señalamiento de un principio que regula la contratación estatal y la función administrativa como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, es necesario:

(i) Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, (a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, como sucede, por ejemplo, en las hipótesis previstas en los artículos 126 y 268 del Texto Superior, el primero, que para garantizar el principio de moralidad pública prohíbe el nepotismo, y el segundo, que para lograr el mismo fin prohíbe a los Congresistas dar recomendaciones a fin de proveer empleos en la Contraloría General de la República; (b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica, como sucedería, a manera de ejemplo, con algunas de las reglas previstas en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993¹⁶⁰.

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

Finalmente, (iii) teniendo en cuenta que el derecho disciplinario, como lo ha reconocido esta Corporación en sentencias C-1076 de 2002¹⁶¹, C-125 de 2003¹⁶² y C-796 de 2004¹⁶³, se somete al principio constitucional de proporcionalidad (C.P. arts. 1º, 2º y 13), es obligación del funcionario investigador determinar si el comportamiento reprochable en materia disciplinaria resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada. De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor pública o al particular, se ajusta al principio de antijuricidad material o lesividad reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5º de la citada ley, según el cual: "el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

II. Actos Administrativos demandados: Consideraciones de la Procuraduría General de la Nación frente a la sentencia C-818 de 2005.

En la decisión sancionatoria contenida en el acto de 11 de octubre de 2006, la entidad demandada se refirió al principio de antijuricidad material o lesividad y a la mención que del mismo hizo la Corte Constitucional en la sentencia de la referencia.

En criterio de la Procuraduría *"La sentencia apunta a que esa falta allí consagrada, no necesariamente debe considerarse como gravísima, sino que el Juez disciplinario debe hacer una ponderación para determinar si la conducta produjo cierta cantidad o no de daño al bien jurídico protegido"*.¹⁶⁴

Agregó:

"Cabe advertir que tal interpretación, por una parte rompe el principio de legalidad que fija de forma expresa que las faltas del artículo 48 son gravísimas, pues posibilitaría calificar esas faltas como graves o leves conforme al detrimento material producido con el comportamiento.

*Por otra parte, esa decisión se opone a la naturaleza autónoma del derecho disciplinario que encontró en la ilicitud sustancial su principal fundamento, previo establecimiento del criterio de imputación: relación especial de sujeción"*¹⁶⁵

A su turno, en el acto administrativo de 13 de febrero de 2007, la entidad demandada – al resolver el recurso de reposición que interpuso el actor en contra de la decisión sancionatoria-, precisó i) que de acuerdo con el principio de ilicitud sustancial, la falta disciplinaria tiene un contenido que alude o se refiere a un deber funcional cuyo incumplimiento contradice los fines del Estado y, como consecuencia de ello, altera el buen funcionamiento de la administración pública y ii) la referencia que efectuó la Corte a dicho principio, fue un *lapsus calami* por las siguientes razones:

- i. *"Porque tratándose del juzgamiento constitucional de un tipo disciplinario específico y concreto, es obvio que no puede extender indebidamente su pronunciamiento a un tema que afecta todo el ámbito de la estructura de responsabilidad en las faltas disciplinarias."*
- ii. *Al no tratarse de una afirmación vinculada con el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, ni con el objeto o motivo de la demanda de constitucionalidad, tal afirmación constituye una mera óbiter dicta y no es una manifestación jurídica vinculante habida cuenta de que no puede ser considerada una ratio decidendi de conformidad con las sentencias SU- 640 de 1998, SU-047 de 1999 y C- 836 de 2001.*
- iii. *Subvierte el texto legal por cuanto la Ley no ha contemplado en materia de derecho disciplinario ningún principio de legalidad o antijuricidad material y muy lejos está de decir lo que la jurisprudencia afirma.*
- iv. *La exposición de motivos que se cita no corresponde en lo absoluto a lo que finalmente aprobó el Congreso de la República, respecto del artículo 5 de la Ley 734 de 2002. Una comparación entre las dos disposiciones así lo demuestra.*
- V. *Por cuanto la afirmación en examen, al cambiar la jurisprudencia, debió explicar clara y razonadamente porqué se producía una variación radical de lo que se había dicho con fuerza de cosa juzgada en las innumerables decisiones. (...)"*¹⁶⁶

En relación con el contenido esencial de la sentencia C-818 de 2005 y a lo que quedó consignado en su parte resolutive, la Procuraduría General de la Nación señaló que no entiende el motivo de inconformidad de la defensa siendo que, por un lado, la disposición contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734, fue declarada exequible a condición de que la conducta debe ser de carácter concreto y debe estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o legal que desarrollen estos principios y; por el otro, en el pliego de cargos y en el fallo sancionatorio se dijo con claridad que *"la conducta imputada al disciplinado se ajustaba a lo previsto en el artículo 48 numeral 31, por cuanto se inobservaron los principios de economía y responsabilidad contenidos en la Ley 80 de 1993. el de economía desarrollado por el artículo 25 numerales 7 y 13, y, el de responsabilidad, en el artículo 26 numerales 1, 2 y 3 de la referida Ley"*.

III. El cargo que se estudia no puede prosperar porque contrario a lo que afirmó el demandante, la Procuraduría si acató la sentencia C-818 de 2005, toda vez que, al atribuirle al señor Guillermo Fino Serrano la comisión de la falta descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; precisó que el disciplinado desconoció los principios de economía y responsabilidad contenidos, respectivamente, en los artículos 25 (numerales 7 y 13), y 26 numerales (1, 2 y 3) de la Ley 80 de 1993. De este modo, la entidad demandada completó el tipo en blanco y señaló, con la claridad exigida, la falta disciplinaria en la que incurrió el aquí accionante.

Por su parte, la diferencia de criterio expuesta por la Procuraduría General de la Nación, respecto de la mención al principio de ilicitud sustancial que hizo la Corte Constitucional en la referida sentencia, hay que decir que resulta irrelevante frente al caso que nos ocupa, en la medida en que la referencia que en ese sentido efectuó el Máximo Tribunal encargado de la guarda de la constitución, constituye un *óbiter dicta* que en nada afecta las garantías constitucionales del actor y tampoco la legalidad de los actos administrativos que demandó, siendo que la Procuraduría encontró plenamente demostrada su responsabilidad.

5. Falsa motivación, porque la contratación de la asesoría del señor Ricardo Gailer era necesaria para preparar el estudio previo.

En criterio del demandante, los servicios para los que fue contratado el señor Ricardo Gailer, no podían ser desempeñados por el personal de planta del ISS, pues los funcionarios que la integraban no estaban al tanto de las nuevas tecnologías. Agregó que la Procuraduría General de la Nación no reprochó la experiencia ni la idoneidad del señor Ricardo Gailer y que, el hecho de que él hubiese trabajado durante más de 20 años en una empresa que participaba en el proceso licitatorio, no podía ser objeto de reproche al amparo del principio constitucional de la buena fe.

1. Análisis de la Sala.

Revisados los Decretos que contienen la estructura interna del ISS y las funciones de los empujados públicos de las distintas dependencias¹⁶⁷, la Sala encuentra que le asiste la razón a la entidad demandada cuando sostuvo que el Instituto de Seguros Sociales contaba (en el 2002), con personal de planta idóneo para adelantar las labores para las cuales fue contratado el señor Ricardo Gailer, entre otras cosas porque la Entidad tenía Unidades Estratégicas de Negocios, que se organizaban y funcionaban en forma independiente entre sí, pero coordinadas; integrando así las dependencias y funciones correspondientes a la naturaleza de las actividades de empresa promotora de salud (EPS), prestadora de servicios de salud (IPS), de pensiones, de protección de riesgos profesionales (ARP) y de apoyo administrativo, para lo cual existían 4 Vicepresidencias que correspondían a los 4 negocios del instituto y al área administrativa así: Promotora de Salud, Prestadora de Servicios de Salud, Pensiones, Protección de Riesgos Laborales y, Administrativa; con base en los niveles de operación Nacional, Regional, Seccional o Local, orientadas a la satisfacción del cliente y al funcionamiento descentralizado de sus unidades operativas.

Adicionalmente, tanto la Vicepresidencia de EPS como la Vicepresidencia de IPS, estaban conformadas, la primera, por 4 Gerencias (de Calidad de Servicios de Salud, de Contratación de Servicios de Salud, de Planeación de Salud y de Mercadeo); y la segunda, por 3 gerencias (de Planeación de Servicios de Salud, de Servicios Hospitalarios y de Servicios Ambulatorios); las que a su vez estaban integradas por Departamentos (de proyectos, de información y análisis, de Desarrollo Tecnológico, de Servicios Hospitalario, de Servicio al Paciente, de Servicios Ambulatorios, de Atención Domiciliaria y Rehabilitación y de Promoción y Mantenimiento a la Salud).

De otro lado, el ISS contaba con una Dirección Jurídica Nacional (encargada de asistir y asesorar a la Presidencia y a las demás áreas y dependencias del ISS, en la adecuada aplicación de las Leyes, reglamentos y demás asuntos Jurídicos); una Dirección de Planeación Corporativa (cuya función principal era la de coordinar con el nivel directivo la definición de las políticas, lineamientos y objetivos del instituto), una Gerencia Nacional de Bienes y Servicios (encargada, entre otras cosas, de establecer las normas, políticas y procedimientos con relación a la compra de bienes y servicios, el manejo de las inversiones físicas; coordinar la celebración de convenios globales y nacionales para la adquisición de bienes y servicios; facilitar bases de datos sobre precios y proveedores a los demás niveles de la organización; aprobar en los aspectos de su competencia los proyectos o convenios que así lo requirieran; apoyar y asegurar el desarrollo tecnológico del área, etc.), un Departamento

Nacional de Compras, un Departamento Nacional de Proyectos (encargado, entre otras cosas, de evaluar la ejecución de los proyectos, presentar sus resultados y recomendaciones a la Gerencia y; de realizar los estudios de factibilidad de los proyectos aprobados), un Departamento Nacional de Desarrollo Tecnológico (encargado de diseñar, promover y establecer metodologías de evaluación de las tecnologías biomédicas que permitan diagnosticar las necesidades de la IPS; de evaluar alternativas de cambio tanto técnica como económicamente; definir las políticas y normas para la adquisición de tecnología en el instituto; elaborar programas de mejoramiento tecnológico de la IPS; asesorar a las dependencias en su implantación, realizar estudios sobre la organización, métodos de trabajo y rendimiento de equipos), y, una Gerencia Nacional de Servicios Hospitalarios; entre otras dependencias.

De otro lado, a juicio de ésta Sala, el hecho de que el señor Gailer hubiese trabajado más de 20 años en una de las empresas oferentes en la licitación VA 011 de 2002 (SIEMENS S.A.) si merece reproche, tal y como lo puso de presente la Procuraduría General de la Nación. En efecto, tal circunstancia, no se acompasa con los principios de, igualdad, transparencia y selección objetiva del contratista, si se tiene en cuenta que al señor Gailer también se le encomendó la elaboración de los pliegos de condiciones y la evaluación de las propuestas.

Finalmente, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por esta Sala frente al segundo de los cargos formulados por el demandante (visto en su integridad) la Sala concluye que en el caso de autos *i)* no se vulneró el principio de integración normativa (la Procuraduría no desconoció la *ratio decidendi* de la sentencia C-818 de 2005 ni hubo inconsistencias en la notificación capaces de viciar de nulidad a los actos demandados); *ii)* tampoco se desconoció el principio de proporcionalidad, porque las razones expuestas por la Procuraduría General de la Nación para dosificar la sanción están ajustadas al ordenamiento jurídico y, además las sanciones impuestas son acordes a la gravedad de las faltas endilgadas al accionante, *iii)* no se violó el principio de la duda razonable porque, en el caso de autos es clara la responsabilidad del actor, y, por último, *iv)* no se vulneró el principio de ilicitud sustancial porque, de acuerdo con la naturaleza del derecho disciplinario, se encontró acreditado que el demandante infringió su deber funcional contenido entre otras disposiciones, en el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, sin que sea dable el análisis de la gravedad de la falta, porque la endilgada al actor, prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, es de aquellas que el legislador calificó de entrada como "*faltas gravísimas*". De este modo, lo que sobre el principio de ilicitud sustancial consideró la Corte Constitucional, constituye tan solo un *óbiter dicta*, tal y como lo consideró la Procuraduría General de la Nación al referirse a dicho pronunciamiento.

4. Conclusión.

Por las consideraciones expuestas, esta Subsección concluye que las pretensiones principales de la demanda no pueden prosperar, toda vez que los actos demandados no adolecen de falsa motivación y tampoco se acreditó que la Procuraduría General de la Nación vulneró el derecho al debido proceso del señor Guillermo Fino Serrano. Encontrándose desvirtuados los cargos de la demanda, es claro que las decisiones mediante las cuales fue sancionado el actor con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 12 años conservan la presunción de legalidad.

Las pretensiones subsidiarias que formuló el actor también deben ser desestimadas en primer lugar porque la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que "*la falta o irregularidad en la notificación no es causal de nulidad del acto*"¹⁶⁸ y, en segundo término, porque de acuerdo con las consideraciones expuestas en numeral 3.1.5. De esta providencia, el demandante no puede alegar que fue indebida la notificación del auto que resolvió el recurso de reposición que interpuso en contra de la decisión sancionatoria; siendo que, como ya se demostró, él se enteró y conoció de su contenido pero a pesar de ello se negó a firmar. Es así como el señor Fino Serrano no puede alegar su propia culpa o mala fe para tratar de invalidar toda la actuación disciplinaria.

DECISIÓN

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

FALLA

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por Guillermo Fino Serrano contra la Procuraduría General de la Nación, por la cual pretendía la nulidad de los actos administrativos proferidos por esa entidad los días 11 de octubre de 2006 y 13 de febrero de 2007, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y publíquese en los anales del Consejo de Estado. Una vez ejecutoriada esta Sentencia archívense las diligencias. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS PIE DE PÁGINA

1. Mediante auto del 15 de octubre de 2008, al resolver el recurso de apelación que interpuso el actor contra el auto que rechazó la demanda, esta Corporación declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia funcional y avocó el conocimiento del asunto en única instancia. Adicionalmente corrió traslado al actor para que corrigiera la demanda (Folios 313 a 318 del cuaderno principal).-
2. La demanda, presentada el 25 de junio de 2007, obra a folios 4 a 86 del cuaderno principal. Mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2008, el actor la corrigió y, esta Corporación la admitió a través del auto de 5 de febrero de 2009 visible a folios 579 a 580 del cuaderno principal.-
3. Para relacionar las pretensiones, se tuvieron en cuenta los escritos de la demanda (folios 4 a 86 del cuaderno principal) y el de corrección a la misma (folios 387 a 503 del cuaderno principal).
4. Ver, folio 503 del cuaderno principal.
5. En adelante, solamente ISS.
6. El actor afirma que este obra a folios 18 a 24 del cuaderno 2 del expediente.
7. Según el demandante, este documento obra a folio 4 del segundo cuaderno.

8. Relacionadas en el acápite de "*fundamentos de derecho*".
9. Que el actor denominó "*fundamentos de derecho*".
10. Los cargos de nulidad que plantea el demandante, son básicamente dos: i) violación a los derechos al debido proceso y a la defensa y ii). falsa motivación. Bajo ese parámetro, la Sala agrupará los argumentos del actor, refiriéndose en primer término a los cargos relacionados con la violación a los derechos al debido proceso y a la defensa.
11. O bloque de constitucionalidad.
12. Visible a folios 621 a 629 del cuaderno principal del expediente.
13. Alegatos presentados por el demandante, visibles a folios 739 a 771 del cuaderno principal, los de la Entidad demandada, obran a folios 772 a 778 del mismo cuaderno.
14. Investigador de la Procuraduría, quien proyectó tanto el pliego de cargos, como la resolución de sanción.
15. *Sic*. Debió decir, Víctor Guayara.
16. Funcionarios notificadores de la Procuraduría.
17. Para sustentar esta solicitud, el demandante transcribió en su integridad la decisión de la Procuraduría General de la Nación, de 2 de julio de 2004, Radicación N° 161-02266 (008-062672/01) Disciplinado: Odazzil Camaño Villalobos. En ese acto administrativo, se decretó la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación.
18. Citas visibles a folio 762 del cuaderno principal del expediente.
19. Ver, folios 762 a 764, del cuaderno principal del expediente.
20. Ver, folio 36 de la demanda.
21. Testimonios de Javier Pérez Jiménez, Darío José Forero Martínez y Víctor Guayara.
22. Folios 780 a 787 del cuaderno principal del expediente.
23. Esto es, la correspondiente al informe que rindió el señor Ricardo Gailer.
24. Con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 12 años.
25. Tal como se desprende del hecho de que el señor Fino Serrano presentó una demanda ante esta jurisdicción.
26. Que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión sancionatoria.
27. Así consta a folio 86 (vuelto), del cuaderno Principal del expediente.
28. El término en estricto sentido vencía el 1 de julio pero éste día era domingo. El día 2 de julio era festivo.
29. Ver, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Subsección Segunda, Subsección B: i) Número interno 2108-2008, del 7 de abril de 2011, actor: José Néstor González Romero, ii) Número interno: 532-2010, del 12 de mayo de 2011, actor: David Turbay Turbay, iii) Número interno: 2157 de 2005, del 19 de mayo de 2001, actor: Remberto Enrique Corena Silva y, iv) Número interno: 1460-2009, del 23 de junio de 2011, actor: Miguel Ángel García López.
30. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luís Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.
31. Se enunciarán los hechos probados relacionados con el trámite del proceso disciplinario, los cargos endilgados al actor y las razones que expuso de Procuraduría General de la Nación para imponer la sanción. Posteriormente, en el análisis de los cargos formulados por el Señor Guillermo Fino Serrano en la demanda, se analizará el material probatorio en su integridad, de manera conjunta y simultánea con cada cargo/fundamento de derecho.
32. Así consta en la certificación visible a folios 173 y siguientes del cuaderno N° 6 del expediente.
33. Folio 2 del cuaderno N° 6 del expediente.
34. Doctores Nubia Vidal Pinzón y Carlos Humberto González.
35. El cual data de 11 de marzo de 2003 y obra a folios 159 a 170 del cuaderno N° 6 del expediente. El informe preliminar es de 4 de septiembre de 2002 y obra a folio 12 del mismo cuaderno
36. Folios 210 a 216 del cuaderno N° 5 del expediente.
37. Auto visible a folios 56 y 57 del cuaderno 7 del expediente.
38. Los documentos que obran en el expediente dan fe de que el 31 de octubre de 2002, el señor Héctor José Cadena Clavijo, formuló una queja ante la Procuraduría General de la Nación, poniendo en conocimiento la presunta irregularidad en la que incurrió el señor Guillermo Fino Serrano en el trámite de la licitación pública V.A. 011 de 2002 (ver folios 4 a 7, del cuaderno N° 14 del expediente).
39. Folios 115 a 121 del cuaderno N° 14 del expediente.
40. Folios 32 y siguientes del cuaderno N° 5 del expediente.
41. Síntesis de los cargos imputados, contenida en el fallo de única instancia dictado por el Procurador General de la Nación. Folios 344 y 345 del cuaderno principal del expediente.
42. *Ibidem*.
43. Folios 343 a 386 del cuaderno principal del expediente.
44. Las consideraciones de la Procuraduría General de la Nación, se examinarán detenidamente y separadamente, den relación con los cargos de la demanda.
45. Al efecto, Precisó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal persigue el cumplimiento de los cometidos estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Agregó que para cumplir ese propósito, el estatuto contractual (artículo 25, numeral 7) impone a los funcionarios encargados de dirigir esa actividad, adelantar una fase de planeación con la que se persigue que el contratante realice todo lo necesario para que el proceso de contratación cumpla su cometido. Dijo además que en esa etapa, se deben elaborar estudios precisos que permitan determinar i) la necesidad y la conveniencia del proyecto, del trabajo, de los bienes o de los servicios que se pretendan contratar y, ii) si con el contrato pretendido se cumplen los fines de la contratación y se satisfacen los intereses y el bienestar de la comunidad. Explicó que la complejidad de dichos estudios, depende del objeto a contratar, sin que de ninguna manera pueda

aceptarse que éstos se realicen de manera "*mediocre, superficial o incoherente*" pues "*la exigencia del legislador, es la de estudios, diseños y proyectos, plenos, cabales, integrales, que no generen dudas en cuanto al objeto a contratar, o cuya materialización resulte frustrante en virtud de sus deficiencias y que sea viable cuando se ejecute para cumplir con una finalidad a la administración o a la comunidad; es decir, el proyecto, por su misma esencia, debe ser completo*"(Folio 356 del expediente)

46. Folio 365 del cuaderno principal del expediente.

47. "*integrando así las dependencias y funciones correspondientes a la naturaleza de las actividades de empresa promotora de salud, prestadora de servicios de salud, de pensiones, de protección de riesgos laborales y de apoyo administrativo, para lo cual existen 5 vicepresidencias que corresponden a los 4 negocios del instituto y el área administrativa (...)*".(Folio 376).

48. Folios 378 y 379 del cuaderno principal del expediente.

49. Visible a folios 93 a 114 del cuaderno Principal del expediente.

50. En el resumen de los fundamentos del recurso, contenido en el acto administrativo de 13 de febrero de 2007, se encuentra la inconformidad del actor relacionada con la no práctica de la prueba indicada en el informe que rindió el señor Ricardo Gailer (ver folio 260 del cuaderno principal del expediente).

51. Folios 215 a 226 del cuaderno N° 9 del expediente.

52. Folios 261 del cuaderno 15 del expediente.

53. Folios 4 y 5 del cuaderno N° 6 del expediente.

54. Folios 1 a 11 del cuaderno N° 9.

55. Folios 357 y siguientes del cuaderno N° 15.

56 (fuera de lo afirmado por el señor Gailer y el señor Fino)

57. Expediente N° 4493-04. Actor: Gerardo Tortello Ditta. Magistrado Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

58. Consistente en que no se practicó una prueba decretada.

59. Tales inconsistencias, se resumen así : i) En la declaración que rindió los días 23 y 24 de septiembre de 2004, el señor Ricardo Gailer manifestó que de acuerdo con una llamada telefónica que recibió del ISS, en ese Instituto no encontraron los documentos que el estudió ni los que supuestamente elaboró (estudios previos?) con ocasión de los servicios de asesoría que prestó a esa entidad, durante el proceso precontractual (licitación VA 011 de 2002). ii) En la declaración de 7 de marzo de 2006, el señor Gailer reconoce que en el expediente del proceso disciplinario, se encontraban la mayor parte de documentos que recaudó y que entregó al Doctor Juan Carlos García. iii) El 13 de enero de 2006, los asesores del Despacho del Procurador General de la Nación ordenaron la práctica de la pruebas solicitada por el demandante, al oficiar al doctor Gilberto Quinche Toro, entonces Presidente del Instituto de los Seguros Sociales, para que aportara los documentos que integraban la AZ relacionada en el informe que presentó Ricardo Gailer el 25 de julio de 2002. iv) Si bien es cierto que dentro del expediente no existe constancia expresa de que el ISS, hubiese remitido tales documentos; también lo es que a) no existe certeza de cuáles eran dichos documentos, ni de que efectivamente el señor Gailer los hubiera entregado al ISS (el actor no cumplió con la carga de la prueba en este aspecto), b) dentro del expediente obran numerosos elementos de convicción que se refieren a "*los antecedentes de necesidades de la IPS del ISS, con los estudios realizados en las clínicas, los estudios realizados por el Departamento Hospitalario del VIPS y el soporte técnico que en general requieran las IPS*", a los cuáles se refería la solicitud de la prueba que la entidad demandada decretó mediante el auto de 10 de agosto de 2005 (numeral 1.3.5.) y c) el hecho de que una prueba decretada, cuya práctica se ordenó, pero que se recaudó parcialmente, no vulnera *per se*, el derecho al debido proceso, y con menor razón si el interesado no insistió en el recaudo de los documentos que faltaban.

60. Al efecto, citó las sentencias C-017 y C- 102 de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero y C- 650 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas.

61. La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el particular. Ver, entre otras, las sentencias C-429 de 2001 y T-1307 de 2005.

62. Así lo consideró la Corte Constitucional, en sentencia C- 429 de 2001, ya citada.

63. La Corte Constitucional, en sentencia C- 245 de 1995, se refirió a la competencia de los señores Procuradores Delegados y, entre otras cosas precisó que: "*no existen en la Constitución criterios concretos para diferenciar los delegados, de los agentes del Procurador, pues lo cierto es que unos y otros desarrollan funciones y actúan en representación del Procurador en el cumplimiento de las tareas que son propias del Ministerio Público, salvo en lo atinente a las funciones que privativamente corresponde a aquél en los términos de los artículos 242-2-4 y 278 constitucionales.*

Tanto los unos como los otros [Delegados y Agentes], en razón de la inmediatez del vínculo funcional con el Procurador, traducen su inspiración, voluntad y las directrices de su política general en lo relativo a la actividad de control que constitucionalmente se les atribuye. Pero obviamente, la asignación de funciones por la ley y la delegación de funciones que pueden recibir, conlleva cierta autonomía e independencia para realizarlas y la radicación en cabeza de dichos delegados y agentes de la consiguiente responsabilidad, sin que ello comporte ruptura del vínculo jerárquico y funcional con el Procurador en su condición de supremo director del Ministerio Público.

(...)

No obstante advierte la Corte, que la autonomía e independencia con que actúan los delegados y agentes del Procurador se predica frente a los funcionarios ante los cuales ejercen sus funciones, más no con respecto al Procurador General de la Nación, del cual son dependientes o subordinados."

(...)

Al Procurador General le corresponde '*dirigir o señalar las directrices y pautas generales que deben ser observadas por los referidos órganos a efecto de asegurar la coordinación de las funciones y la unidad en las correspondientes acciones y decisiones*'. De ahí que los delegados y agentes del Procurador actúen en su representación y que además de las funciones que les asigne la ley, cumplan las que siendo propias del Jefe del Ministerio Público, a quien están subordinados, les sean delegadas por éste" (Negrillas y Subrayas de la Sala).

64. "*Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones*

administrativas a las que se encuentren sujetos". Este Decreto fue modificado por la Ley 1367 de 2009 y por el Decreto 2246 de 2011.

65. Folios 210 a 216 del cuaderno N° 5 del expediente.

⁶⁶ Auto visible a folios 56 y 57 del cuaderno 7 del expediente.

67. Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-095 de 2003.

68. Ibídem.

69. Ibídem.

70. *"Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos"*.

71. Como es bien sabido, este recurso busca que el mismo funcionario que profirió la decisión, sea el que vuelva sobre ella y, si es del caso, la reconsidere, en forma total o parcial.

72. Debíó decir: para llevar a cabo la indagación preliminar, que es distinta a la investigación disciplinaria propiamente dicha.

73. Folio 2 del cuaderno 6. (La fecha del documento aparece borrosa, pero al cotejarlo con los demás pronunciamientos del proceso disciplinario y con los hechos de la demanda, se deduce que la delegación tuvo lugar el 19 de agosto de 2002).

74. Folios 12 y 13 de cuaderno N° 6.

75. Folios 159 a 162 del cuaderno N° 6.

76. De acuerdo con esta disposición, es función del Procurador General de la Nación: *"19. Crear comisiones disciplinarias especiales de servidores de la Procuraduría General o designar a un funcionario especial de la misma para adelantar investigaciones disciplinarias y fallar, así como para decretar la suspensión provisional, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, para lo cual podrá desplazar al funcionario del conocimiento"*.

77. Folio 163 del cuaderno N° 6.

78. Folios 213 a 218 del cuaderno N° 6.

79. Corte Constitucional, sentencia S.U. 901 DE 2005. Magistrado Ponente

80. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia proferida dentro del expediente 342 de 2008

81. A saber: los que rindieron los señores i) Álvaro Hernán Véles Millán (el 1 de septiembre de 2004), ii) Ricardo Gailer (el 23 de septiembre de 2004), iii) Mauricio Ramos Medina (6 de septiembre de 2004), iv) Hugo Ramón Vásquez (13 de septiembre de 2004) y, v) Jesús Enrique Giraldo (21 de enero de 2005)

82. Señala que de manera extemporánea se practicaron las siguientes pruebas testimoniales: i) Edy Lucero Pastrán Jiménez, ii) Carmenza Devia, iii) Álvaro Véles Millán, Héctor Cadena, iv) Ricardo Gailer y, v) Nodier Martín Fierro.

83. Ver folios 213 y siguientes del cuaderno N° 6 y 32 y siguientes del cuaderno N° 5.

84. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 8 de noviembre de 2007, expediente 3834 de 2004. Actor: Antonio Rafael Vives Cervantes. Magistrada Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

85. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 19 de mayo de 2011, expediente N° 0684 de 2008. Actor: Niyireth Criollo Camacho. Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

86. Ver, entre otras la solicitud que obra a folios 263 y siguientes del cuaderno 15.

87. Folios 248 a 256 del cuaderno N° 6 del expediente.

88. Folios 336 a 338 del cuaderno N° 15.

89. Folios 380 y 381 del cuaderno N° 15.

90. Folios 422 a 426 del cuaderno N° 15.

91. Folios 472 a 474 del cuaderno N° 15 del expediente.

92. Es el caso del señor Guillermo Ulloa Tenorio (ver folios 72 y siguientes, del cuaderno principal del expediente)

93. ALEXY, Robert. *"Theorie Der Grundrechte"*. Suhrkamp-Velag. 1986. Versión Castellana de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *"Teoría de los derechos fundamentales"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Página 382.

94. *Ibídem*. Página 385.

95. *Ibídem*.

96. Sobre el derecho a la Igualdad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples providencias, de las cuales se destaca la sentencia C-862/08, en la que precisó: "La Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como principio, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Como derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles. Es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida" Asimismo, en sentencia C-836 de agosto 9 de 2001, esa Corporación se refirió al derecho a la igualdad en ámbito judicial, consideraciones que, para el caso que nos ocupa, son pertinentes. En esa oportunidad sostuvo la Corte que "La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda actividad estatal, está consagrada en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas

involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley." (Las negrillas son de la Sala).

97. Bernal Pulido, Carlos. *"El derecho de los derechos"*. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión, septiembre de 2005. Bogotá D.C. Páginas 257 y siguientes.

98. De acuerdo con Carlos Bernal Pulido, este principio se expresa en cuatro mandatos i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios que cuyas situaciones no compartan ningún elemento común, iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero donde las similitudes sean más relevantes que las diferencias y, iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero donde las diferencias son mayores que las similitudes.

99. A saber: Héctor José Cadena Clavijo, Nodier Martín Ferro, Álvaro Vélez Millán, Mauricio Ramos Medina, Hugo Vásquez Niño, Germán Morales Peñalosa, María del Pilar Bayona, Eddy Lucero Jiménez Pastrán y Jesús Enrique Giraldo Botero.

100. Mediante auto de 18 de mayo de 2005, visible a folios 32 y siguientes del cuaderno N° 5 del expediente.

101. Folios 76 y 77 del cuaderno principal del expediente.

102. Así lo ha considerado la Corte constitucional entre otras providencias, en la sentencia T-969 de 2009.

103. En la sentencia citada (T-969 de 2009) la Corte Constitucional precisó que *"Dicho principio es una garantía constitucional frente al poder punitivo. Sin embargo admite grados de rigor en su aplicación, pues si bien es cierto rige todo el ámbito sancionador, también lo es que dicho ámbito está compuesto por escenarios diferentes que implican grados diferenciales de aplicación del principio, en relación con tres criterios básicos: (i) el bien jurídico que pretende ampararse por medio del ámbito específico de sanción, (ii) el sujeto pasivo de dicho poder punitivo y ligado a esto, (iii) la sanción a que da lugar la responsabilidad. Esto es así, porque ningún principio es absoluto, de modo que su aplicación en un caso concreto admite la ponderación de los elementos que componen el ámbito de su aplicación. De esta forma, no supone el mismo grado de rigor en la aplicación del principio de presunción de inocencia, el ámbito penal que el disciplinario, aunque deba ser tenido en cuenta en los dos, pues los bienes tutelados por el primero, son de mayor relevancia social que los del segundo y por consiguiente la sanción y los derechos afectados por ella, son también de mayor importancia, imponiendo sobre el citado principio una mayor exigencia en su aplicación concreta. Esto es lo que significa que los principios del derecho penal aplican en el disciplinario mutatis mutandi"*.

104. Sobre el particular, se reitera que el demandante fue sancionado por la comisión de dos faltas disciplinarias, a saber:

i. la gravísima prevista en el artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002, por que en su calidad de Presidente del ISS dispuso la apertura de la licitación VA 011 de 2002, sin que vistieran los estudios previos. Esta falta se consumó el 24 de mayo de ese año, fecha en la que ya se encontraba en vigencia la Ley 734 de 2002 (entró a regir el 5 de mayo de 2002) y, por ende, la adecuación típica se ajustó al postulado según el cual *"nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa"*

ii. la Grave, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 27 de la Ley 200 de 2002, pues cuando se desempeñó como Presidente del ISS, suscribió las aceptaciones de oferta con el señor Ricardo Gailer de 6 de noviembre de 2001 y 0155 de abril 16 de 2002. En las fechas en las que se suscribieron las aceptaciones de oferta, se encontraba vigente la Ley 200 de 1995, por lo que resulta lógico que la entidad demandada se haya referido a dicha Ley cuando abordó el estudio de esta falta.

105. En lo que tiene que ver con la operancia del principio de favorabilidad en materia disciplinaria, la Corte Constitucional en sentencia T-530 de 2009 consideró que *"aún cuando el artículo 29 de la Constitución se refiere a la aplicación del principio en "materia penal", ello "(...) no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario. Tampoco conduce a que el juez deba interpretar restrictivamente esta garantía, que tiene pleno sentido y especial relevancia dentro de un estado social de derecho en otros contextos punitivos diferentes al penal."*

106. Folios 115 y 116 del cuaderno principal del expediente.

¹⁰⁷ Folio 116 del cuaderno principal del expediente.

108. Folio 120 del cuaderno principal del expediente.

109. Folios 123 y 124 del cuaderno principal del expediente.

110. Así consta en el documento visible a folio 121 del cuaderno principal del expediente, el cual está firmado por los funcionarios de la Procuraduría y por el Subintendente Fabio Parada Pulido, en calidad de testigo.

111. Folio 125 del cuaderno principal del expediente.

112. Folios 1 y 2 del Cuaderno N° 16 del expediente.

113. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *"Procedimiento Civil General"* Tomo 1. Editores Dupré, décima edición. Bogotá D.C. 2009. Página 697.

114. Artículos 2 y 3 de la Ley 734 de 2002.

115. bídem.

116. Corte Constitucional, sentencia C- 892 de 1999. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra.

117. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 1999, ya citada.

118. La Sala solo se referirá a las disposiciones que, sobre notificaciones, son aplicables a este caso.

119. Folio 121 del cuaderno principal.

120. Folio 125 del cuaderno principal.

121. Folios 1 y 2 del cuaderno N° 16.

122. Hija del disciplinado.

123. Adicionalmente, la Sala advierte que dentro de la actuación administrativa en varias ocasiones a la apoderada del señor Fino Serrano, le fueron enviadas las comunicaciones y/o notificaciones, a la misma dirección a la que acudió el citador de la entidad demandada para surtir la notificación de la decisión del 13 de febrero de 2007. Esa circunstancia, aunada al parentesco existente entre mandante y mandatario, y a la formación profesional del primero, refuerza el argumento de que no se vulneró el derecho al debido proceso.

124. Solicitud que elevó la entidad demandada entre las dos visitas que se efectuaron a la residencia del actor.
125. El cual, a juicio del actor, reposa a folios 7 a 9 del cuaderno 2 del expediente.
126. Ver, Escobar Gil, Rodrigo. *"Teoría General de los Contratos de la Administración Pública"*. Editorial Legis. Bogotá D.C., Segunda Reimpresión, 2000. Páginas 64 y siguientes.
127. *Ibidem*. Página 65 (último párrafo).
128. Ver, entre otras, las sentencias proferidas por la Sección Tercera de esta Corporación: i) de 3 de diciembre de 2007. Actor: Carlos Orlando Velásquez Murcia. Magistrada Ponente: Dra. Ruth Stella Correa, ii) sentencia de 29 de agosto de 2007, Expediente 14854 Magistrado Ponente, Dr. Mauricio Fajardo Gómez, iii) sentencia de 29 de agosto de 2007, Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469). Actor: Mario Eduardo Rosasco Estupiñán. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. En esta última providencia se lee que *"los principios de planeación, economía y transparencia que, entre otros, orientan la contratación estatal, tienen como finalidad asegurar que todas las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual se cumplan con eficiencia y eficacia; que los procedimientos de selección sean ágiles, agotando los trámites estrictamente necesarios; que todo proyecto esté precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para la viabilidad económica y técnica de la obra; que en la ejecución del contrato se optimicen los recursos y se eviten situaciones dilatorias que ocasionen perjuicios a una de las partes contratantes. De conformidad con el artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983, norma que, como ya se dijo, se encontraba vigente en el momento en que el Municipio de Tumaco adelantó el procedimiento de la licitación Pública que culminó con el contrato que ha sido sometido a conocimiento de la Sala, resultaba indispensable que, previamente a adelantarse la licitación o celebrarse el contrato, se contara con los estudios y planos definitivos. Esta previsión también fue materia de regulación en el anterior estatuto de contratación del Estado, concretamente para los contratos de obra pública, así, el artículo 72 del Decreto 150 de 1976, previó tal exigencia y si se examina la Ley 80 de 1993, norma actualmente vigente y bajo cuyas disposiciones se celebró el contrato de obra pública 04 de 22 de marzo de 1994 observamos que el artículo 25 de la Ley 80 de 1980 desarrolló el principio de economía. Esta disposición (numeral 12) se encuentra reiterada en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 30 de la mencionada Ley 80, regulatoria de los procedimientos de selección, para los contratos en general. Bajo los mandatos del Decreto-ley 222 de 1983, la Administración Municipal estaba en el deber legal de elaborar, previamente al procedimiento de selección, los estudios completos, diseños y planos definitivos, como también, reservar los recursos presupuestales requeridos para la ejecución de la obra, pero no fue así, tal como lo demuestran las pruebas relacionadas en el acápite anterior, puesto que el estudio de suelos del terreno en donde se proyectó la construcción de la obra, tan solo fue elaborado y entregado al contratista con posterioridad a la celebración del contrato y antes de la firma del acta de Iniciación de las obras"*.
129. Matallana Camacho, Ernesto. *"Manual de Contratación Pública"*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. 2009. página 342.
130. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de junio de 1995. Magistrado Ponente. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros"
131. Magistrada Ponente: Dra Ruth Stella Correa, Actor: Carlos Orlando Velásquez Murcia. Ya citada.
132. En esa misma sentencia se aclaró que *"se han esbozado como principios fundamentales del proceso licitatorio los de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia. La Ley 80 de 1993 consagró como principios de la contratación estatal los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales ha sumado los de planeación y el de selección objetiva. Por lo demás, el procedimiento precontractual que adelanta la administración, es un típico procedimiento administrativo, sujeto a los principios orientadores de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, señalados en el artículo 3 del C.C.A. y en el artículo 209 de la Carta"*
133. Expediente N° 14.287. Actor: Hernán Duarte Esquerre / Demandado: Instituto De Desarrollo Urbano- IDU-, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
134. Asimismo, en dicha providencia la Sección Tercera agregó que *"El aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance que se señalan, no sólo ha sido consagrado en el estatuto de contratación actualmente vigente, contenido en la Ley 80 de 1993 (...), sino que también ocupó la atención del legislador al expedir la Ley 222 de 1983"*
135. Escobar, Rodrigo. citado, por Matallana Camacho, Ernesto. *"Manual de Contratación Pública"*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. 2009. página 348.
136. Cuaderno N° 10.
137. Folios 1 a 3 del cuaderno N° 13
138. Folios 5 a 20 del cuaderno N° 13.
139. Folios 19 a 23 del cuaderno N° 11.
140. Folios 52 y 53 del Cuaderno N° 12.
141. Folios 54 y siguientes del cuaderno N° 12.
142. Folios 191 216 del cuaderno N° 7.
143. Folios 22 y 23 cuaderno N° 13.
144. Folio 135 a 137, del cuaderno N° 12.
145. Folios 168 a 174 del cuaderno N° 9; 2 y siguientes y, 25 y siguientes del cuaderno 11.
146. Folios 30 a 32 del cuaderno N° 9 (aceptación de la Oferta N° 1, el 6 de noviembre de 2001). A folio 51 del cuaderno 7, obra la oferta N° 2 presentada por Ricardo Gailer.
147. Folios 1 a 11 del cuaderno N° 9 del expediente.
148. Folios 1 a 11 del cuaderno N° 9.
149. la mayoría de los cuales adquirió en la empresa SIEMENS S.A. en la que trabajó varios años.
150. Folios 365 y siguientes del cuaderno N° 15.
151. Folios 409 a 412 del cuaderno N° 15.
152. Folios 413 a 416 del Cuaderno N° 15.
153. Adicionalmente, la Sala no entiende porqué al señor Gailer le resultaba extraño el *"plan de dotación básica y tecnológica de las clínicas del ISS del año 2002"* elaborado por funcionarios del Instituto, siendo que, precisamente él fue contratado para asesorar a esa Entidad en el proceso

precontractual para la adquisición de equipos en imagenología.

154. Mediante esta Resolución se declaró desierta la licitación. Este acto administrativo, obra a folios 92 a 127 del cuaderno N° 6.

155. Folio 425 del cuaderno principal del expediente.

156. Ver Folio 377 del cuaderno N° 15.

157. Explicó que cumplió con cada uno de los elementos que debe contener un estudio previo a la apertura del proceso licitatorio, así: i) *La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación. Sobre este aspecto, indicó que la Procuraduría General no desconoce que era evidente la necesidad que se pretendía satisfacer con la adquisición de los bienes objeto de la licitación VA 011 de 2002, con los cuales se quería mejorar la prestación del servicio público de salud y el derecho fundamental a la vida.* ii) *La definición técnica de la forma en que la entidad podía satisfacer su necesidad, la cual puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño. Dijo que este elemento se cumplió no solo con los estudios que existían en la entidad, sino también con la contratación de un experto cuya idoneidad no fue cuestionada por la Procuraduría y cuya experiencia se encuentra plenamente acreditada.* iii) *Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo. Afirmó que en el proceso de licitación se indicó claramente el objeto, el plazo y el lugar de ejecución del contrato a celebrar, lo cual fue posible por los estudios que había realizado el ISS y los que organizó el consultor contratado Ricardo Gailer Garcés.* iv) *El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato. Sostuvo que contrató un consultor con basta experiencia en el mercado, para tener certeza de las necesidades reales del ISS para su adecuada optimización.* v) *El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia del nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista. Explicó "EL riesgo se encontraba presente en la actividad misma del ISS, toda vez que los equipos que se pretendían contratar con la licitación VA 011 de 2002, se requerían para asegurar un mejor servicio a los pacientes que debía atender el ISS y, adicionalmente, las características propias de los mismos, hincan que son necesarios para salvar vidas en momentos críticos, pues permiten observar órganos que de otra manera resultaría imposible observar. Tan conocido era el riesgo que se podía presentar, que en la estructuración de la licitación se contemplaron los riesgos que debía amparar el posible contratista de la administración, en forma clara y siguiendo los postulados de la Ley.*

158. Debió decir, Decreto 2170 de 2002.

159. Adicionalmente, quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (*onus probandi*) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos.

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

161. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

162. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

163. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

164. Folio 370 del cuaderno principal.

165. Ibídem.

166. Folios 273 y 274 del cuaderno principal.

167. Visibles a folios 177 y siguientes del cuaderno N° 6.

168. Ver entre otras la sentencia de 24 de junio de 1999, dictada por la Sección Primera de ésta Corporación dentro del expediente N° 5297.

Magistrado Ponente: Dr. Libardo Rodríguez.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:37:54