



## Sentencia 113 de 2009 Consejo de Estado

PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – Efectos

Sobre el control jurisdiccional de la función disciplinaria. En materia disciplinaria, la Constitución Política consagró un poder preferente a favor de la Procuraduría General de la Nación, por lo que a esta institución le corresponde, porque así lo dispuso el constituyente, ejercer de modo general la actividad correccional de los funcionarios del Estado. Este poder preferente implica, como es sabido, que la Procuraduría General de la Nación desplaza a los demás órganos internos de las instituciones del Estado que puedan ejercer actividad disciplinaria. La atribución del poder disciplinario a la Procuraduría General de la Nación, garantiza la imparcialidad en el juzgamiento, pues esa autoridad, a quien la Constitución confió esa tarea, es ajena a los actos que originan la investigación, posición que garantiza su absoluta neutralidad.

PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA DISCIPLINARIA – Procuraduría General de la Nación

El derecho constitucional a la doble instancia, prerrogativa que otorga a quienes resulten afectados por las decisiones correccionales, la posibilidad de ejercer control sobre el poder del órgano disciplinario, mediante la intervención de un nivel de decisión superior. Así, uno de los controles más importantes para evitar los eventuales abusos en que pueda haber incurrido el funcionario que ejerce la competencia disciplinaria, consiste en poder acudir a la segunda instancia, como manda el artículo 31 de la Carta Política, para que un funcionario distinto, y desde luego neutral, decida si la sanción impuesta se adecua a la Constitución y la ley, así como para averiguar si la apreciación probatoria no resulta contra evidente. Puestas las cosas en esta dimensión, no hay duda que el principio de la doble instancia, es un instrumento privilegiado de control del poder disciplinario que ejercen los órganos de la Procuraduría General de la Nación, por ello el funcionario que es objeto de la investigación disciplinaria no está abandonado al capricho o a la subjetividad de su juez disciplinario, sino que esa actividad, por su importancia está sometida a todos los controles en el interior del proceso. Así las cosas, parece necesario resaltar que de conformidad con el numeral 6º del artículo 277 de la Constitución Nacional, corresponde al Procurador General de la Nación “...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...”. La regla citada coloca en hombros del Ministerio Público el poder preferente, competencia constitucional que ejerce, como ya se dijo, al amparo del Código Disciplinario Único, compendio que consagra las garantías básicas de quienes se ven comprometidos en un proceso disciplinario. Se ha planteado todo lo anterior para significar que el juzgamiento de las faltas disciplinarias que cometen los servidores públicos, ordinariamente se agota en las instancias regulares del proceso consagradas en el CDU.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLTIICA – ARTICULO 277 NUMERAL 6

CONTROL JURISDICCIONAL DE LA FUNCION DISCIPLINARIA – Alcance

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. 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 que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva

lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.

**DESTITUCION DE EMPLEADO PUBLICO POR MODIFICACION DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES – Procedencia**

Las pruebas obrantes en la investigación muestran sin duda que el imputado puso en riesgo los intereses económicos del Estado, prorrogó, indebidamente los plazos, y no tomó precauciones para tasar los intereses del capital que debía aportarse, toleró que el Concesionario retuviera lo que debía aportar, en contravía de lo dispuesto en el contrato de concesión original y en el pliego de condiciones. Se desprende de todo lo anterior que el inculpado no podía cambiar las bases del contrato, conceder plazos desmedidos, que desprotegió el patrimonio público, y renunció a los intereses. Y así procedió, supuestamente escudado en que debía evitar un pleito que promovería el Concesionario, que según muestran las cifras citadas por ambos órganos de control, no había cumplido el contrato, incumplimiento agravado porque el dinero estaba a su disposición en la Fiduciaria y poco o casi nada había hecho para cumplir el contrato, que, se reitera, mostraba una bajísima ejecución.

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00113-00(4980-05)

Actor: DIEGO LUIS NOGUERA RODRIGUEZ

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Corresponde ahora a la Sala decidir en única instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin cuantía, instaurada por Diego Luis Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación-.

**LA DEMANDA**

DIEGO LUÍS NOGUERA RODRÍGUEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicitó se decretara la nulidad de los siguientes actos administrativos:

El fallo de primera instancia proferido el 2 de octubre de 2003 por la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Primera

Delegada para la Contratación Estatal, por medio del cual se declaró al demandante responsable disciplinariamente en su condición de Presidente de la Empresa Colombiana de Vías - Ferrovías - y le impuso como sanciones la destitución del cargo y la inhabilidad hasta por diez años para el ejercicio de todo tipo de funciones públicas.

El fallo de segunda instancia expedido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, decisión proferida el 1º de julio de 2004, y mediante la que se resolvió adversamente el recurso de apelación interpuesto por el investigado contra la resolución que en primera instancia impuso las sanciones.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, ha sido pedido que:

Se declare que el demandante no es responsable disciplinariamente de ninguno de los cargos formulados en su contra y se ordene la cancelación de todas las anotaciones y registros que en su momento fueron inscritos en la hoja de vida.

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se comprendian:

La Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVIAS, empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio del Transporte, representada por su Presidente, doctor Luís Diego Monsalve Hoyos, quien luego resultó afectado por las decisiones disciplinarias, abrió, por segunda vez, la licitación pública No 001 de 1999, convocando a quienes aspiraran a obtener la concesión para la rehabilitación, reconstrucción, conservación, operación y explotación de la red férrea del Atlántico; con dicha licitación fue beneficiada la firma Ferrocarriles del Norte de Colombia S. A., FENOCO S.A., único proponente, adjudicación que se hizo mediante la resolución número 492 del 27 de julio de 1999. La concesión estaba proyectada para que durara 30 años.

El 9 de septiembre de 1999, se suscribió el contrato de Concesión de la Red Férrea del Atlántico, firmado entre Luís Diego Monsalve Hoyos como representante de la Empresa Colombiana de Vías Férreas, FERROVIAS y Santiago Guzmán Rico apoderado de Ferrocarriles del Norte de Colombia, FENOCO S.A.; se estipuló en dicho acto que la remuneración del Concesionario sería la totalidad de los recursos que éste obtuviera de la explotación comercial de la infraestructura recibida en concesión, incluyendo las sumas canceladas por terceros para lograr la operación del material rodante; en beneficio del Concesionario se pactó la cesión de los ingresos derivados de la explotación por uso o por cualquier otro contrato que en el pasado hubiese celebrado Ferrovías o que en el futuro llegase a celebrar, sobre el tramo entre Chiriguaná, Cesar y Puerto Drummond, poniendo a la libre disposición del Concesionario, los recursos producidos por la explotación de la línea, se dedicarían primero a culminar la tarea de rehabilitación y reconstrucción, es decir sólo serían de libre disposición del Concesionario a partir de la culminación de las labores de rehabilitación y reconstrucción. Según la cláusula 27.2 del contrato, los recursos que produjese la explotación de la vía, se incorporarían al fondo de mantenimiento para la conservación de la infraestructura y superestructura de la vía e instalaciones ferroviarias referidas al tramo comprendido en el contrato con la Drummond. El excedente sólo podría ser empleado en la rehabilitación de la red hasta la ejecución total de las obras, después de lo cual los recursos pasarían a ser de propiedad del Concesionario, como remuneración por la concesión y como un aporte de FERROVIAS. Del producto de la explotación de la vía, el Concesionario sólo reconocería al Concedente el 10 %, así como el mismo porcentaje de los ingresos por peajes generados por el transporte del carbón del Cesar o por el uso de la vía derivado de cualquier otro contrato. De la misma manera, como remuneración por las labores de rehabilitación - reconstrucción de la infraestructura entregada en concesión, FERROVIAS debía entregar como aporte la suma de 80 millones de dólares. Dentro de las obligaciones de FENOCO S.A. se convino que aportaría a FERROVIAS la suma de cuarenta y dos millones de dólares, lo que haría a más tardar el 30 de abril de 2003.

Luego de hecha la adjudicación, el 27 de Febrero de 2001 se suscribió el Acuerdo No. 5, acto firmado por Mario Federico Pinero Méndez como representante legal de FERROVIAS y Jesús Navarrete Martínez en calidad de representante legal de FENOCO S.A.

Mas tarde, 21 de mayo de 2002 se suscribió el Acuerdo No. 7, entre Diego Luis Noguera Rodríguez como representante legal de FERROVIAS y Jesús Navarrete Martínez representante legal de FENOCO S.A.

La investigación disciplinaria que dio lugar a las sanciones dispuestas en los actos hoy acusados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, comprende la adjudicación y desarrollo de la concesión; tareas en las cuales intervinieron los señores Luís Diego Monsalve Hoyos, Mario Federico Pinedo Méndez, y el aquí demandante Diego Luis Noguera Rodríguez, todos en momentos diferentes fueron representantes legales de FERROVIAS.

Con ocasión de las estipulaciones convenidas entre las partes, luego de hecha la adjudicación, se produjeron cambios sustanciales a la estructura del contrato. Así, FERROVIAS anticipó el pago de la suma de 12.5 millones de dólares a FENOCO S.A.; igualmente se postergó para el 30 de abril de 2008 la obligación de FENOCO S.A. de pagar los 42 millones de dólares, siendo que estaba convenido que debía cumplir esa obligación el 30 de abril de 2003, es decir se traslado ese pago para cinco años después de cuando estaba convenido. Con este cambio, los rendimientos financieros de la fiducia sobre los ochenta millones de dólares, así como las tarifas recibidas de la firma DRUMMOND LTDA. pasaron a ser propiedad del Concesionario FENOCO S.A.

De la misma manera, con ocasión de las modificaciones hechas al contrato, se eliminaron controles para los desembolsos por los trabajos ejecutados; se permitió utilizar los recursos que ingresaran a la Fiducia provenientes del contrato con la firma DRUMMOND Ltda., fondos que luego de las modificaciones introducidas al contrato, se usaron para pagar el servicio de la deuda, los gastos derivados de la financiación y como instrumento de garantía; de la misma manera se amplió el plazo convenido para la rehabilitación de la vía, pese al interés contractual de una pronta adecuación de la red y se redujo el tramo al cual se aplicaría la tarea de rehabilitación y conservación.

Según da cuenta el certificado de 26 de julio de 2003, expedida por la Fiduciaria de Occidente S.A., entre el 22 de septiembre de 1999 y el 30 de junio de 2003, FERROVIAS aportó a la Fiducia No. 3-1-189, la cantidad de \$45.209.500.008; la firma DRUMMOND la suma de \$102.225.682.985. Esta última también certificó haber efectuado reembolsos a FENOCO S.A. por la cantidad de \$98.028.092.785.

A pesar de la magnitud de los desembolsos hechos a FENOCO S.A., según el informe ejecutivo enviado por FERROVIAS, a 31 de mayo de 2002, las actividades ejecutadas, no corresponden propiamente a labores de rehabilitación y reconstrucción, sino a inspecciones físicas, asesorías técnicas, diseños y estudios, pues sólo se registran obras de rehabilitación, en el trayecto Santa Marta - Puerto Drummond por un valor de \$640.077.550,22 millones.

Entonces, es evidente que ya para el 13 de julio de 2001, FERROVIAS había denunciado el incumplimiento del Concesionario por la desatención de las obligaciones atinentes al plan anual de obras y otras derivadas del contrato, incumplimientos que se constataron por parte de la empresa estatal en cuanto a permisos y licencias ambientales según manifestación hecha el 20 de noviembre de 2001; así como se señaló en una tercera oportunidad el 27 de noviembre de 2001.

El 14 de diciembre de 2001, FERROVIAS denunció a FENOCO el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en las cláusulas 1, 12, 14, 18, 21, 30, 33, 38, 54, 80 y 93 del contrato de concesión; la inobservancia de las obligaciones del Concesionario tuvo efectos negativos en el desarrollo del contrato operacional con la DRUMMOND LTDA, pues no se ha garantizado el nivel de mantenimiento de la vía férrea, de lo cual da cuenta la declaración del Dr. Augusto Jiménez Mejía que reposa en la investigación.

La cronología de las modificaciones que sufrió el contrato de concesión muestra la siguiente secuencia:

El 28 de febrero de 2000 se suscribió el Otrosí No 1, (fls. 140 a 145 c.o), entre Luís Diego Monsalve Hoyos para entonces, Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio Del Campo, Gerente de FENOCO S.A., aclarando las cláusulas que se refieren a las fuentes de financiación que entregará FERROVIAS; modificando las cláusulas sobre conciliación y la intervención de un tribunal de arbitramento. En esa adenda se dice aclarar lo correspondiente a las causales para la imposición de multas al Concesionario, terminación anticipada del contrato por causa imputable al Concesionario; se elimina un numeral en la cláusula sobre operación del material rodante a través de subcontratos; se adiciona el parágrafo de la cláusula sobre entrega de bienes; se modifica el listado del anexo 2, cuadro 3 del pliego de condiciones; se modifica la cláusula primera del contrato y el anexo 1 del pliego de condiciones al incluir un tramo. De la misma manera, se alteró el anexo 2, cuadro 1 del pliego de condiciones al adicionar unas estaciones.

El 4 de mayo de 2000 se rubricó el Otrosí No 2, (fls. 146 y 147), suscrito por Luís Diego Monsalve Hoyos, como Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio del Campo, en calidad de Gerente de FENOCO S.A., en el cual se modifica el cuadro número 3, "otros equipos" del anexo 2 del pliego de condiciones, y modifica el cuadro 2 del anexo número 2.

El día 26 de junio de 2000 se firmó el Otrosí No 3, (fls. 148 a 153) el que se convino ampliar, en seis (6) meses, el plazo de la rehabilitación-reconstrucción; se alteró la cláusula acerca de la baja del material obsoleto o inservible; se modificó el cuadro 3 anexo 2 del pliego de condiciones sobre otros equipos; se modificó el cuadro 1 del anexo 2 del pliego sobre inventario de talleres y la relación de bienes inmuebles incorporados a la concesión; del mismo modo se modificó el parágrafo único de la cláusula 9<sup>a</sup> del contrato adicionado por el Otrosí No 1.

En los folios 167 y siguientes del cuaderno aparece el acta que recoge el acuerdo No. 1 celebrado el 26 de octubre de 1999 y suscrito por Luís Diego Monsalve Hoyos, como Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio Del Campo, en calidad de gerente de FENOCO S.A., mediante el cual se entregó la garantía única de cumplimiento y se realizaron precisiones a los cambios al contrato de fiducia; se convino modificar la suscripción del acta de iniciación de la concesión para el 28 de febrero de 2000. Igualmente se acordó iniciar el proceso de verificación y entrega del material rodante y de los bienes muebles actividad que debería terminar el 20 de enero de 2000.

A partir del folio 171 aparece el acta que recoge el acuerdo No 2 suscrito el 19 de enero de 2000, por Luís Diego Monsalve Hoyos, ejerciendo las funciones de Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio del Campo, como Gerente de FENOCO S.A., se acordó diferir para el día 3 de marzo de 2000 la iniciación de la concesión.

Acta que recoge el acuerdo No 3 suscrito el 28 de febrero de 2000 (folios 173 y s.s.), por Luís Diego Monsalve Hoyos, en calidad de Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio del Campo, Gerente de FENOCO S.A., mediante la cual se convino sobre los contratos que Ferrovías llegare a celebrar; cambios legislativos; indemnizaciones y terminación anticipada; riesgo laboral; plan de obras; interpretación sobre la cláusula de fuerza mayor o caso fortuito; derechos de acceso de paso de la vía; colaboración con el Concesionario; créditos no amortizados; equilibrio contractual; acuerdo directo; licencias y reglamentaciones; terminación por causa imputable a Ferrovías; reversión; recursos para el Fondo de Mantenimiento del tramo La Loma - Puerto Drummond; estación del Corzo; uso del corredor; otros bienes y aportes del año 2000.

El acta que recoge el acuerdo adicional No. 4 suscrito el 1º de junio de 2000 (fl. 178), por Luís Diego Monsalve Hoyos, como Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio del Campo en calidad de Gerente de FENOCO S.A., acto en el que se aplazó el término para la verificación de los bienes entregados en concesión y para la presentación de los diseños de obras a desarrollar, así como la determinación de las fechas para hacer los desembolsos a cargo de FERROVIAS.

Acuerdo complementario No 5 del 27 de febrero de 2001 (fls. 181 y ss c.o.), suscrito por Mario Federico Pinero Méndez, para entonces Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio del Campo, en calidad de Gerente de FENOCO S.A., convención en la que se adoptaron dos sistemas para los desembolsos que debía hacer la fiducia "Fiduoccidente S.A." al Concesionario. Allí se pactó expresamente el pago anticipado e inmediato de la suma de doce millones quinientos mil dólares (US 12.500.000.00), pago que haría la Fiducia Occidente al Concesionario, así como el reembolso de los costos asumidos por el Concesionario; además, allí se precisó que los recursos producidos por el contrato con la firma Drummond, se emplearían para el servicio de la deuda contraída para la ejecución de obras o el cierre financiero de la ejecución de la concesión; del mismo modo, allí se acordó sostener una cuota de inversión mínima del 80% del total previsto originalmente. En esa adenda se reguló la entrega de los tramos La Loma - Puerto Drummond y Grecia - San Rafael de Lebrija; así como la explotación de la concesión; el cierre financiero; las actas de verificación; inversiones; reversión parcial anticipada; cruces a nivel; cortes preexistentes; y se añadió que el plazo de rehabilitación se extiende a siete (7) años contados a partir del 27 de febrero de 2001, fecha de la suscripción del acta, acordando, también, distribuir proporcionalmente los aportes que debe hacer la Nación.

El 14 de mayo de 2001 el convenio número 5 del 27 de febrero de 2001, de nuevo fue materia de otra aclaración acerca del plazo de rehabilitación, el cual fue diferido para el 12 de septiembre de 2001, se precisó la fecha de culminación de la rehabilitación para el 27 de marzo de 2008, el cronograma y plan de obras; cruce de cuentas; aclaración a las condiciones de entrega del tramo La Loma - Puerto Drummond; cortes preexistentes y reembolsos.

Aparece igualmente el Acuerdo complementario número 6 del 27 de febrero de 2002 (fl. 207.), suscrito por Diego Luis Noguera Rodríguez, como Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio del Campo, acto en el cual se acordó el retiro de rieles; entrega al Concesionario del material levantado y de lo acopiado, y la realización de verificaciones conjuntas y detalladas de todo el material entregado.

Acuerdo complementario No 7 del 21 de mayo de 2002 (fls. 209 y ss) suscrito por Diego Luis Noguera Rodríguez como Presidente de FERROVIAS y Miguel Nuncio del Campo, en el que se hicieron nuevos acuerdos sobre los recursos del contrato, la forma de pago con aportes de Ferrovías

para reconocer a Fenoco los gastos asumidos directamente o por contratistas, (manejo de reembolsos, conceptos no reembolsables, procedimiento y controles); reembolsos pendientes a la firma del acta; recursos aportados en la fiducia por los ingresos del contrato Drummond y se les dio el carácter de garantía; ampliación de la garantía única; multas; concedente y supervisión de la concesión; cronogramas de aportes y se fijó el 30 de abril de 2008 como fecha del pago que debía hacer el Concesionario; conservación y operación de la infraestructura de transporte férreo; alcance de las obligaciones pactadas en las cláusulas 8 y 9 del acta y efectos de la misma.

En los anteriores hechos hubo irregularidades por las que se inició la investigación disciplinaria, en la que se cuestionaron entre otras, las actuaciones que aparecen vertidas en las Actas de Acuerdo No. 5 del 27 de febrero de 2001 y No. 7 del 21 de mayo de 2002, pues se acusó que hubo una modificación sustancial de la forma primitiva en que se hizo la adjudicación del contrato de concesión.

Por esos hechos, el 14 de junio de 2002, la Procuraduría General de la Nación inició la investigación disciplinaria (folios 32 a 35 c. No. 1) contra Luís Diego Monsalve Hoyos, Mario Federico Méndez y Diego Luis Noguera Rodríguez, en su condición de Presidentes de la Empresa Colombiana de Vías Férreas "FERROVÍAS", para indagar sobre su conducta en relación con la suscripción y ejecución del contrato de concesión celebrado el 9 de septiembre de 1999, con la firma FENOCO S.A., y la ejecución y modificaciones al mismo, en especial los cambios recogidos en las actas Nos. 5 y 7 de febrero 27 de 2001 y 21 de mayo de 2002.

Mediante la providencia de 20 de agosto de 2002 (folios 121 a 214 c. 1), la Procuraduría -Primera Delegada para la Contratación Estatal- formuló pliego de cargos contra los doctores Luís Diego Monsalve Hoyos, Mario Federico Méndez y Diego Luis Noguera Rodríguez, como quiera que cada uno sucesivamente ocupó la presidencia de la Empresa Colombiana de Vías Férreas "FERROVÍAS", por la época que acontecieron los hechos.

En lo que concierne al demandante Diego Luis Noguera Rodríguez, éste recibió notificación personal del pliego de cargos el día 27 de agosto de 2002. (folio 226 c. 1)

Mediante auto del 20 de agosto de 2002, fue vinculado al proceso disciplinario el hoy demandante Diego Luis Noguera Rodríguez por los hechos cometidos cuando fuera presidente de Ferrovías.

La Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, mediante el fallo del 2 de octubre de 2003 (folios 879 a 985 c. No. 4) declaró que Luís Diego Monsalve Hoyos, Mario Federico Méndez y Diego Luis Noguera Rodríguez, eran disciplinariamente responsables de los cargos que se les imputaban, por actos ejecutados en su condición de Presidentes de la Empresa Colombiana de Vías Férreas "FERROVÍAS". En consecuencia, la Procuraduría les impuso la sanción de destitución en el cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco (5) años a los dos primeros y de diez (10) años para el hoy demandante, Diego Luis Noguera Rodríguez.

En lo que toca con la situación del demandante Diego Luis Noguera Rodríguez, la providencia que impuso la sanción, tomada por el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, y que ha sido acusada en esta acción contencioso administrativa, estuvo soportada en que de modo indebido el implicado, al suscribir como presidente de Ferrovías el Acta de Acuerdo Complementario N°7, en la que ratificó los reembolsos a favor del Concesionario, sin la participación del interventor y sin verificar si se cumplió o no con las especificaciones contractuales. Por ese camino se entregaron \$ 48.000 millones. Igualmente se autorizó el pago de reembolsos retenidos por aproximadamente 28.308 millones que no fueron debidamente soportados.

También se acusó al demandante por haber permitido que el ingreso proveniente de la forma Drummond Ltd., se pagara el servicio de la deuda, gastos de financiación y los recursos de la fiducia se podían utilizar como instrumento de garantía, violando abiertamente el contrato.

La imputación disciplinaria se extiende a que el acusado permitió que se diera a FENOCO un anticipo por US\$ 12.5 millones, no contemplado en los pliegos de condiciones, ni en la propuesta del Concesionario, ni en el contrato de concesión, dinero que no estaba soportado con una garantía como corresponde a todo anticipo. Además, la entrega de esa suma no podía tomarse como una "remuneración", cuando de acuerdo a la cláusula 28 del contrato de concesión, su propósito era financiar la ejecución del plan de obras de rehabilitación y FENOCO no podía recibir remuneración alguna hasta cuando hubiere finalizado totalmente la rehabilitación.

De conformidad con el contrato de concesión y la propuesta presentada por FENOCO, éste se obligó a entregarle a Ferrovías en abril de 2003 la suma de US \$ 42 millones, pero en el acta No. 7, que sí es autoría del implicado se pospuso ese pago en 5 años más, causando grave detrimento al patrimonio público.

La acusación hecha también comprende el haber autorizado un cruce de cuentas para extinguir obligaciones a cargo de Fenoco, modalidad de compensación que resulta ilegal e imposible, por no ser las partes acreedor y deudor entre sí, de obligaciones líquidas y exigibles.

De manera ilícita se redujo el ámbito del contrato para que la conservación y rehabilitación a que estaba obligada Fenoco fuera sensiblemente menor a lo licitado.

La Procuraduría General de la Nación, una vez escuchó al implicado en descargo y decreto las pruebas, tuvo la certeza que los cargos no fueron desvirtuados y por el contrario conservan plena vigencia con relación a la imputación que se hizo en cada uno de ellos.

Una vez el hoy demandante fue notificado del fallo sancionatorio emitido en su contra en primera instancia, interpuso el recurso de apelación, en respuesta, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación mediante la providencia de 2 de octubre de 2003, desató la segunda instancia, actuación ésta que también es hoy objeto de la acción de nulidad que ocupa la atención del Consejo.

#### NORMAS VIOLADAS

- Como normas violadas el demandante cita las siguientes:

- La Ley 734 de 2002 los artículos 23, 27, 42, 42, numeral 1º, 44 numeral 1º y parágrafo, 45, 46, 47 y 48, numeral 31,

- De la Ley 80 de 1993 los artículos 24, numeral 1º y 29;

- Del Decreto 679 de 1994 el ordinal a) del artículo 17.

- De la Ley 734 de 2002 los Artículos 13, 18, 20, 28, numerales 2º, 4º y 6º, 34, numeral 15

- De la Ley 80 de 1993 el artículo 84.

- Del Código Contencioso Administrativo los artículos 3º, 4º, 16, 27, 38, 68 y 69.

#### CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante plantea que las normas citadas fueron violadas por cuanto el acusado no participó en la licitación ni en la suscripción del contrato, no pudo entonces violar los principios de transparencia e igualdad, en verdad halló las cosas en un estado tal que no podía menos que salvar el contrato.

Añade que siempre mantuvo una posición objetiva, propició la conciliación como medio para preservar los intereses del Estado. Acusa por tanto,

que la Procuraduría General de la Nación violó las normas por ella misma citada, cuando planteó una supuesta violación retroactiva de los principios de transparencia y objetividad.

El accionar del acusado en el proceso disciplinario, solo buscó mantener la ecuación del contrato y la igualdad de las partes, por lo cual no debió ser reprimido como acaeció en los actos acusados.

Las reglas de la selección objetiva fueron indebidamente aplicadas, pues el implicado no participó en la selección hecha, pues tomó el contrato cuando éste se hallaba en curso.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado en concepto visible a partir del folio 329 hace una sinopsis detallada de toda la actuación.

En el capítulo en que analiza la controversia, está en un todo de acuerdo con lo decidido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, pues el reproche hecho al implicado tiene que ver, dice, con la celebración del acuerdo número 7 del 21 de mayo del 2002, en el que “*sí se modificó sustancialmente el contenido del contrato, generando para el contratista unos beneficios que le permitieron incumplir, sin justificación alguna, lo pactado en un pliego de condiciones, amén del perjuicio para la firma estatal contratante por el detrimento del patrimonio público, desconociéndose así por parte del demandante los principios de transparencia, selección objetiva y equilibrio contractual previstos en los artículos 24 numeral 1º y 29 de la Ley 80 de 1993, además de las faltas disciplinarias en las que incurrió el actor.*”

Para el Ministerio Público “*se infiere con meridiana claridad, que los cargos guardan la relación fáctica-jurídica lógica, pues relaciona en extenso las conductas investigadas, una a una, utilizando la comparación entre lo acordado en el pliego de condiciones y en el respectivo contrato de concesión, con relación a las modificaciones que hizo el demandante en el Acta de Acuerdo numero 7...*”

Para la agencia fiscal “*se observa de bulto, de manera flagrante y abierta el favorecimiento del demandante al contratista, desconociendo de manera desleal al Estado.*”

Pidió el Ministerio Público el mantenimiento de la sanción, pues la Procuraduría General de la Nación cumplió cabalmente con el deber constitucional de preservar una administración pública eficaz, eficiente, honrada y sometida al ordenamiento jurídico.

El demandante sí alteró el pliego de condiciones inicial “*por lo que dejó en situación de desigualdad y desequilibrio contractual a aquellos oferentes o competidores que presentaron sus propuestas sobre unas bases determinadas y otros las retiraron, pero luego, ya en la etapa de ejecución del contrato se encontraron con que las condiciones exigidas eran otras, beneficiando injustificadamente al único oferente escogido al que se le adjudicó el contrato, como fue la firma Fenoco S.A.*”

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir de fondo sobre las pretensiones de la demanda previas las siguientes,

#### CONSIDERACIONES

El problema jurídico principal del que enseguida se ocupa la Sala, consiste en dilucidar si la Procuraduría General de la Nación desconoció el debido proceso y las normas legales y constitucionales indicadas en la demanda, al imponer al demandante Diego Luís Noguera Rodríguez la sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones y cargos públicos por un periodo de diez (10) años.

Decisiones cuya nulidad se pretende:

- Fallo de primera instancia proferido el 2 de octubre de 2003 por la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, por medio del cual declaró al demandante responsable disciplinariamente en su condición de Presidente de la Empresa Colombiana de Vías - Ferrovías - y le impuso como sanciones la destitución del cargo y la inhabilidad por diez años para el ejercicio de todo tipo de funciones públicas.

- El fallo de segundo grado emitido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, decisión proferida el 1º de julio de 2004, mediante la cual se resolvió adversamente el recurso de apelación interpuesto por el investigado contra la decisión que en primera instancia impuso las sanciones.

Sobre el control jurisdiccional de la función disciplinaria. En materia disciplinaria, la Constitución Política consagró un poder preferente a favor de la Procuraduría General de la Nación, por lo que a esta institución le corresponde, porque así lo dispuso el constituyente, ejercer de modo general la actividad correccional de los funcionarios del Estado. Este poder preferente implica, como es sabido, que la Procuraduría General de la Nación desplaza a los demás órganos internos de las instituciones del Estado que puedan ejercer actividad disciplinaria. La atribución del poder disciplinario a la Procuraduría General de la Nación, garantiza la imparcialidad en el juzgamiento, pues esa autoridad, a quien la Constitución confió esa tarea, es ajena a los actos que originan la investigación, posición que garantiza su absoluta neutralidad.

Así las cosas, como ninguna parte de la actividad de las autoridades debe estar al margen de los valores que pregonan la constitución, es apenas natural que el debido proceso se deba aplicar a todas las actividades y desde luego a la administración de las sanciones disciplinarias, porque en ellas están comprometidos derechos fundamentales de los enjuiciados. Entonces, las sanciones no se administran de cualquier modo, sino con sujeción al debido proceso, que ha sido concebido por el legislador, y por tanto sometido al examen del juez constitucional para ver su apego a la Carta Política. Así, la garantía básica de protección de los derechos del sujeto sometido a la acción disciplinaria, está confiada al proceso disciplinario en el cual puede el inculpado ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas que le beneficien, obtener su decreto y práctica, así como controvertir los medios demostrativos que puedan inculparlo, presentar alegatos y en general participar de modo activo en la construcción del proceso. Puestas en esta dimensión las cosas, las resoluciones por las que se impone una sanción son el fruto de la participación de los sujetos en el marco de un proceso con plenitud de garantías, tal como ha sido concebido en el Código Disciplinario Único.

Dentro de esas garantías se destaca el derecho constitucional a la doble instancia, prerrogativa que otorga a quienes resulten afectados por las decisiones correccionales, la posibilidad de ejercer control sobre el poder del órgano disciplinario, mediante la intervención de un nivel de decisión superior. Así, uno de los controles más importantes para evitar los eventuales abusos en que pueda haber incurrido el funcionario que ejerce la competencia disciplinaria, consiste en poder acudir a la segunda instancia, como manda el artículo 31 de la Carta Política, para que un funcionario distinto, y desde luego neutral, decida si la sanción impuesta se adecua a la Constitución y la ley, así como para averiguar si la apreciación probatoria no resulta contra evidente.

Puestas las cosas en esta dimensión, no hay duda que el principio de la doble instancia, es un instrumento privilegiado de control del poder disciplinario que ejercen los órganos de la Procuraduría General de la Nación, por ello el funcionario que es objeto de la investigación disciplinaria no está abandonado al capricho o a la subjetividad de su juez disciplinario, sino que esa actividad, por su importancia está sometida a todos los controles en el interior del proceso.

Así las cosas, parece necesario resaltar que de conformidad con el numeral 6º del artículo 277 de la Constitución Nacional, corresponde al Procurador General de la Nación "...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...". La regla citada coloca en hombros del Ministerio Público el poder preferente, competencia constitucional que ejerce, como ya se dijo, al amparo del Código Disciplinario Único, compendio que consagra las garantías básicas de quienes se ven comprometidos en un proceso disciplinario. Se ha planteado todo lo anterior para significar que el juzgamiento de las faltas disciplinarias que cometen los servidores públicos, ordinariamente se agota en las instancias regulares del proceso consagradas en el CDU.

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.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario, se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba producida con violación al debido proceso, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad fundamental para el ejercicio del derecho de defensa.

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 que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.

A manera de ejemplo, cuando las instancias disciplinarias se empeñan en tener como probado una hecho sin que haya el más leve rastro de su existencia; o si pasan de largo en presencia de un hecho exculpatorio demostrado plenamente, y si esas omisiones o suposiciones de la prueba tendrían la fuerza para hacer cambiar la decisión, podría la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ejercer un poder corrector de la actividad correccional que ejerce el órgano competente. Desde luego ello descarta que ante la jurisdicción se pueda plantear una simple discrepancia sobre la percepción de la prueba, o se ensaye una lectura distinta, sino que en la acción contenciosa se debe demostrar, con sólo un leve esfuerzo, la contra evidencia de la decisión, sin acudir a complicadas elucubraciones.

A la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de alguna interpretación desmesurada o ajena por entero a lo que muestran las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, que como todo proceso, exige que la decisión esté fundada en pruebas, no solo legal y oportunamente practicadas, sino razonablemente valoradas.

En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario.

**Los Cargos Formulados.** En el caso que atiende el Consejo en esta ocasión fueron tres los investigados y sancionados: Mario Federico Pinedo Méndez, Luis Diego Monsalve Hoyos, y Diego Luis Noguera Rodríguez; este último ha demandado ante la jurisdicción los actos por los que se le impuso la sanción de que ya se dio cuenta en el comienzo de esta providencia.

Conductas endilgadas al actor en las decisiones cuestionadas. El demandante inicia su reclamo recordando que se le imputa haber violado los principios de la contratación estatal, de modo especial los que imponen la escogencia del contratista a través de una licitación pública y de manera objetiva. (folio 251 de la demanda) Para el demandante, “el planteamiento fundamental de las acusaciones”, reside en que por culpa del sancionado el Concesionario FENOCO recibió un trato más favorable, que de haber sido conocido por terceros en el momento de la licitación, hubiera sido lo suficientemente atractivo para que otros hicieran mejores propuestas. Entonces, prosigue diciendo a manera de queja el demandante, que “como las actuaciones posteriores de Ferrovías favorecieron al concedente escogido, al decir del ente acusador se habría violado retroactivamente los aludidos principios de transparencia y selección objetiva.”

Para el demandante el argumento de la violación “retroactiva” de los principios de transparencia y selección objetiva “carece de sustancia”, pues la trasgresión de dichas reglas básicas sólo puede darse en un momento específico, es decir entre “la apertura de la licitación y la adjudicación.” (folio 253 de la demanda)

Atendiendo al desarrollo de esta acusación, a juicio del Consejo ella resulta ser apenas un simple alegato de instancia, sin fuerza para acreditar un error de juzgamiento de tal entidad que deba ser objeto de corrección por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Se compromete el demandante con que los principios de transparencia y selección objetiva sólo pueden recibir menoscabo o lesión entre la apertura de la licitación y la adjudicación. No obstante, a juicio de esta Corporación el principio de transparencia debe iluminar el proceso de contratación en todos sus momentos y etapas, es decir, desde la propia confección de los pliegos, hasta la liquidación del contrato, pues las autoridades encargadas de las diferentes fases deben observar la más grande pulcritud y la mayor transparencia. No se trata entonces, como afirma el demandante, de una violación “retroactiva” del principio de transparencia, sino que éste debe ser la guía permanente en la conducta de quienes administran una actividad contractual, desde su concepción, la determinación de las necesidades y disponibilidades, hasta su agotamiento, obrando siempre en defensa de los más altos intereses de la comunidad, del patrimonio público y de la moralidad administrativa.

Es evidente que el inculpado no pudo obrar contra el principio de transparencia en el momento que se abrió la licitación, porque no tenía poder decisorio en tanto para ese entonces era ajeno a la institución, no obstante, la imputación que se hizo al disciplinado de haber violado el principio de transparencia nada tiene de “retroactiva”, pues la providencia hoy demandada no le hace reproches por lo sucedido en las etapas iniciales del contrato, en verdad, la imputación por este segmento de la contratación se hace a quienes antecedieron en el cargo a Diego Luis Noguera Rodríguez, de lo cual se sigue que en las decisiones hoy acusadas claramente se dilucidó cuál fue el papel que cada uno de los inculpados tuvo en las distintas etapas del contrato. No hay duda entonces que el desacato para el principio de transparencia viene de lo sucedido al cambiar las condiciones de ejecución del contrato, y no de la forma como fue abierta la licitación y adjudicada la concesión.

De otro lado, aunque la selección hubiera sido en principio objetiva, es decir entre iguales y aduciendo a parámetros que excluyen todo favoritismo, si por el camino se alteran sustancialmente las condiciones a favor del adjudicatario, la objetividad se pierde, de modo que el contrato que se ejecuta es uno bien distinto y con condiciones extrañas no previstas en el momento de la selección.

No hay duda, y en eso es impecable el argumento de la Procuraduría General de la Nación, que si el contrato que se ejecuta es distinto del que se comunicó al público, la selección resulta afectada. Así, cuando las condiciones del contrato se alteran sustancialmente en beneficio del Concesionario, es razonable inferir que si esas condiciones benignas y ventajosas se hubieran puesto desde el comienzo, muchos otros actores pudieron entrar en el juego. Claro que ofrecer unas condiciones y mejorarlas sustancialmente por el camino en favor del oferente único que puede beneficiarse de ese cambio, rompe la objetividad de la selección, para premiar a uno solo claramente identificado, los demás “de haberlo sabido” habrían ajustado su proceder. No es entonces un mero antojo esa interpretación de los hechos y del tipo disciplinario aplicado para imponer la sanción al demandante.

El principio de normatividad de los contratos implica que el contrato es ley para las partes, con mayor razón si de gestionar intereses públicos se trata. Entonces, de nada vale el contrato mismo, si en su desarrollo se abandonan los compromisos adquiridos para facilitar en tal grado las cosas al Concesionario que se menguan los interés de la comunidad, lo que ya es bastante grave, sino que se afecta el derecho de los terceros que no podían estar ahí para recibir las gabelas que otorgó el sancionado al Concesionario.

Es intolerable que al amparo de un falso entendimiento de la preservación del contrato o de mantenimiento de la supuesta ecuación contractual, se llegue a la aniquilación de los intereses de todos. Es cierto que la cláusula *rebus sic estantibus* permite recoger la variabilidad de las circunstancias como un elemento que por sobreviniente haga necesaria la revisión contractual, pero esa posibilidad residual y extraordinaria no puede encubrir ni justificar el detrimento de los intereses públicos, ni el deterioro de la moralidad pública. El supuesto equilibrio contractual no puede operar como argumento universal e indeterminado para justificar la falta de transparencia y la lesión al patrimonio público. Entonces, a juicio del Consejo de Estado, hizo bien la Procuraduría General de la Nación al no prestar oídos a las excusaciones que acuden a tan ambiguos pretextos como “*proteger los intereses del contratante (...) la ecuación contractual o equilibrio prestacional*”.

Es cierto que un contrato de concesión, como plantea el demandante, es una convención que se desarrolla en el tiempo, no obstante, ese trato sucesivo no explica ni justifica el incumplimiento como motor el cambio sustancial de las condiciones. El hecho de que un contrato se cumpla a lo largo del tiempo es algo absolutamente normal y no puede servir de pretexto para incumplir lo pactado o para no honrar los compromisos contractuales. Justamente quien postula atendiendo a una convocatoria, es porque tiene la capacidad para realizar los estudios, los cálculos y las proyecciones sobre costos futuros, tarifas, ritmos de la tasa de cambio, comportamiento esperado de las variables monetarias, fluctuación de los precios, mercado laboral, ciclos de las materias primas y todos esos factores pueden oscilar dentro de ciertos márgenes razonables. Por supuesto que una caída vertical de la tasa de cambio, una crisis cambiaria inesperada e insuperable, el precio duplicado del petróleo, una sequía, una asonada o un desastre natural, son eventos que pueden afectar la simetría de las prestaciones y a los cuales ha de prestarse

atención para revisar el contrato que puede devenir entonces de imposible cumplimiento.

No obstante, un error de cálculo o el incumplimiento de una de las partes, no pueden ser la fuente para que ella reciba beneficios inesperados, pues resulta reprochable que el contratante incumplido, como se vislumbra en este caso, pueda ganar con su propio incumplimiento. El principio *nemo propriam turpitudinem allegans potest* repreba que el contratante incumplido pueda servirse de su propio incumplimiento para intentar un reclamo fundado en la necesidad de revisión del contrato. Tanta candidez es absurda, cuando lo que está en juego es el patrimonio del Estado y no los intereses del funcionario que obrando con larguezas, al amparo del mantenimiento de la ecuación contractual, toleró la mengua de los intereses de todos.

La conciliación, los mecanismos alternativos de solución de conflictos son principios e instrumentos muy importantes para zanjar las diferencias surgidas en la ejecución de un contrato. No obstante, la búsqueda de la conciliación tiene límites, pues resulta inaceptable que bajo el pretexto de evitar un litigio judicial se otorgue un premio al contratante incumplido modificando las condiciones sustanciales del contrato para ajustar las necesidades y los intereses públicos al tamaño del incumplimiento. Así aconteció en este asunto en que se endilga al contratista haber abandonado el mantenimiento integral de la totalidad de la vía férrea y haber incumplido con las metas ofrecidas, entre otros incumplimientos para luego provocar un supuesto pleito judicial al que siguió una inesperada mejora de las condiciones del contrato en desmedro de los intereses del Estado.

El demandante califica de conjetura aquello del rompimiento de la selección objetiva, en tanto es apenas una especulación el que se hubieran podido presentar otros oferentes, de haber conocido las condiciones sobrevinientes por entero favorables al Concesionario.

A juicio del Consejo de Estado, al contrario de lo que afirma el demandante y reitera a cada paso en su demanda, hay condiciones del contrato cuya variación no puede suceder en el curso de la ejecución. La delimitación del objeto y de las obligaciones principales ha de mantenerse, de modo que el ajuste contractual podría recaer solamente sobre los accidentes del contrato, y en caso de que circunstancias imprevisibles y extraordinarias alteren las condiciones. Añade el demandante que “*conociendo todos los interesados sus condiciones solo uno buscó que le adjudicaran el contrato*”, pero omite la consideración central de la inculpación, según la cual por el camino se alteraron significativamente las condiciones a favor del Concesionario, y desde luego que si ese escenario hubiera estado disponible para los licitantes potenciales otros actores hubieran sido movidos a participar.

Agotada la respuesta que corresponde a las pretensiones genéricas de la demanda de nulidad, procede luego el Consejo de Estado a responder todas y cada una de las objeciones que se hicieran al despacho de cada uno de los cargos.

Sobre el primer cargo de que se acuso al demandante. En este capítulo, luego del examen sobre el asunto de la violación de los principios de igualdad y transparencia, visto en el aparte anterior, el demandante se dedica a replicar el primero de los cargos que en su contra se hicieron.

El cargo primero que nutre el pliego se hace la imputación por:

*“Prorrogar con el acta No. 7 del 21 de mayo de 2002 el término para que el Concesionario pague a Ferrovías los 42 millones de dólares a que se había comprometido en la cláusula 27.1 del contrato de concesión y en su propuesta previsto para el 30 de abril de 2003 y prorrogándolo para el 30 de abril de 2008, sin estipular a favor de Ferrovías ningún tipo de interés y condicionando su pago a un sistema de cruce de cuentas que no se había pactado en el contrato, transgrediendo lo dispuesto en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, toda vez que tal conducta genera detrimento al patrimonio público”.*

En la demanda (folio 254) plantea escuetamente el demandante como un hecho incontrovertible que las partes se “*encontraban sumidas en una serie de controversias*”, acepta que efectivamente existía la obligación del contratista de pagar 42 millones de dólares y que guiado por el propósito de evitar un proceso judicial “*llevó a los contratantes a posponer el pago de aquella suma hasta la finalización de dichas obras, con lo cual se restableció el equilibrio, se adoptó el no pago de intereses, lo cual descarta el detrimento patrimonial.*” Y como a ello se limita el demandante en este punto, para la Corporación no aparece allí ninguna justificación ni prueba que controvierta las conclusiones extraídas por la Procuraduría General de la Nación, pues el demandante simplemente afirma que no hubo detrimento, sin decir exactamente porqué el acuerdo fue beneficioso para ambas partes, ni demostrar el yerro del acusador disciplinario al hacer la imputación y desechar las explicaciones del

implicado. Por el contrario, la ampliación del plazo en cinco años, la renuncia a los intereses, son sin duda modificaciones sustanciales al contrato que en verdad significan una nueva contratación, solo que con un contratante incumplido que obtuvo de ese modo ventajas desmedidas a espaldas de un proceso público de licitación.

No es sino ver el texto de la acusación hecha en el cargo para observar la magnitud de los cambios y el evidente mejoramiento de las condiciones para el contratista, por supuesto que en perjuicio del patrimonio público. En contrario sólo aparece la escueta afirmación del inculpado, de que el nuevo trato no fue perjudicial al patrimonio del estado, cuando la evidencia señala lo contrario.

Se violó de ese modo lo previsto en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; numeral 1º del artículo 24 y artículo 29 de la Ley 80 de 1993 conducta que reviste suma gravedad. Se insiste en que el contrato es ley para las partes, según reza el principio de legalidad, y que esa situación debe mantenerse a lo largo del contrato. Puestas así las cosas, si en el pliego de condiciones se fijó, acápite 3.11, que Ferrovías aportaría ochenta millones de dólares (US \$80'000.000) destinados exclusivamente a la rehabilitación y reconstrucción. De la misma manera se estipularon las fechas de los desembolsos y que el aporte en dinero que correspondía al Concesionario se pagaría en los tres (3) años venideros desde la fecha de adjudicación. FENOCO S.A. ofreció pagar a Ferrovías cuarenta y dos millones de dólares (US \$42'000.000) el 30 de abril de 2003, compromiso puesto en la cláusula 27 del contrato, es decir en el contrato no aparece que el dinero que ofreció aportar FENOCO estuviera condicionado al aporte de FERROVIAS y menos que se pudiera ampliar el plazo en cinco años, es decir ahí reposa una alteración significativa del contrato.

Hecha la adjudicación en el año 1999, FENOCO debía aportar los 42 millones de dólares a mas tardar en abril de 2003, no obstante, sin mediar justificación alguna se alteró esa estipulación básica del contrato para extender ese plazo por cinco años más. Siendo que los aportes de cada una de las partes eran independientes, e iban con destino a ser manejados por una Fiducia, nada explica la ventaja obtenida por el Concesionario, no cualquier ventaja sino la duplicación del plazo y algo más. De ello se sigue que grave es el detrimiento para el patrimonio público y sustancial el cambio de las condiciones. No es entonces exagerado decir que en verdad se cambio la fisonomía del contrato, se hizo un nuevo contrato, sin licitación alguna, y con exclusión de otros que de haber sabido desde un comienzo que el plazo no era de cuatro años sino de nueve, distinta hubiera sido su posición. No es una conjeta o especulación que otros hubieran podido atender el llamado a contratar, de haber sabido que el plazo no era de cuatro años sino de nueve. Ese cambio de las condiciones del contrato demuestra, sin lugar a dudas, que no hubo un simple ajuste en alguno de los accidentes del contrato y que no se trató de restablecer una supuesta ecuación contractual, sino de cambiar las bases esenciales del contrato a favor de un contratista ya señalado y concreto y dejando los eventuales competidores al margen.

Pero si lo anterior no bastase, obsérvese que el plan de rehabilitación, según el contrato licitado, por el que se guiaron los potenciales oferentes, debía terminar el 8 de septiembre de 2004, mientras que el plazo para hacer el aporte se extinguía en el mes de abril de 2003, según reza la cláusula 27.1 ibídem, es decir, un año antes de la terminación de la mencionada etapa debía estar cubierto el aporte, lo que demuestra la autonomía de la obligación de hacer el aporte de US 42 millones y como la ampliación del plazo para cumplir es un beneficio neto para el Concesionario y un demérito para el Estado.

Desde otra perspectiva, la posibilidad de introducir correctivos a un contrato supone cumplimiento razonable del mismo; por lo tanto, resulta inaceptable que habiéndose hecho la denuncia de incumplimiento por el Concedente como preámbulo del Acuerdo No. 7, aún se persistiera en claudicar en sacrificio de los intereses públicos, disque para evitar un pleito eventual que propondría aquel contratante incumplido.

Entonces, también incurrió el disciplinado en alteración de las reglas establecidas para el proceso licitatorio, al pactar una forma de pago de los aportes que debía hacer el Concesionario, que no estaba contemplada ni en el pliego de condiciones, ni en el contrato de concesión.

Se destaca ahora con señalada importancia, y de ello se ocupó el fallo disciplinario en profundidad, que se hubiese alterado la forma de pago de los aportes, pues de unas reglas claras puestas en la licitación se pasó a convenir un ambiguo cruce de cuentas, con lo cual se afectaron los intereses del Estado y se cambió radicalmente la fisonomía del contrato, como si de pactar por primera vez se tratara y con exclusión real del proceso licitatorio.

Si el 30 de abril del 2003 Ferrovías debía entregar un aporte de US 20'000.000 y el Concesionario (FENOCO S.A.) debía entregar un aporte de US 42'000.000, era imposible algún tipo de compensación, pues cada obligación a ser cumplida para nutrir los fondos de la fiducia era autónoma. Además en el punto 12 del acta de Acuerdo No. 5 se determinó que los aportes de la Nación, diferentes de los provenientes del contrato con la

Drummond, serían distribuidos en aportes proporcionales durante los siete años que debía durar la rehabilitación, y en el año final, es decir el 30 de abril de 2007, se debía aportar el último abono correspondiente a la suma de US \$11.428.574.

Síguese de lo anterior que los ritmos de desembolso de las obligaciones de cada una de las partes era diferente y por lo mismo no podía haber ningún cruce de cuentas, ni compensación, pues el manejo correspondía hacerlo a la Fiduciaria; no eran entonces correlativas las obligaciones de uno y otro contratante, ni puede dársele a la situación de ellas el sentido de los artículos 1714 y 1715 del Código Civil sobre la compensación de deudas, pues no eran recíprocamente deudores y acreedores, sino que el aporte se haría a un patrimonio autónomo y con un fin determinado. Por lo dicho, las obligaciones tampoco serían exigibles, si los plazos de cada uno de los contratantes eran diferentes, pues el Concedente se obligó a la entrega del último aporte en el 2007, al paso que el Concesionario se obligó al pago de 42 millones de dólares el 30 de abril de 2003.

Se insiste en que los aportes de una y otra parte irían a parar a la Fiduciaria y por lo mismo no había relación directa entre Concedente y Concesionario que permitiera la irregular forma de cruce de cuentas que pasa a ser una pura invención del imputado, puesta en el acuerdo, que a manera de adenda se hizo y del cual se hizo responsable disciplinariamente al hoy demandante.

Por lo demás, nunca faltaron fondos en poder de la Fiduciaria, los documentos obrantes a folios 131 a 158, muestra la certificación de la Fiduciaria de Occidente S.A., que indica como para el 30 de junio de 2002, ella había recibido aportes de FERROVIAS y fondos del contrato DRUMMOND por un monto de \$147.435.182.993.51, y desembolsado a FENOCO la suma de \$ 98. 028.092.785.92. Y estando los aportes en poder de un tercero, no se entiende la forma extraña de compensación que sugiere la defensa.

Visto el itinerario del flujo de dinero se tiene que para el 28 de febrero de 2001, fecha del Acta número 5, el saldo en la Fiduciaria ascendía a \$104.662.884.881.84, y el valor de los reembolsos solicitados y entregados por FENOCO eran de \$43.537.900.008.00; y para el 21 de mayo del 2002 el saldo en la Fiduciaria era de \$142.924.394.759.51, de los cuales se había entregado a FENOCO la cantidad de \$48.351.724.148.57, correspondiente a los aportes \$38.073.809.390.93, y el excedente por \$10.277.914.757.65 a los ingresos por el contrato Drummond, que igualmente se entregaban por razón de la rehabilitación - reconstrucción.

No obstante que ese flujo de fondos era suficiente, FENOCO solamente había utilizado en la rehabilitación de la vía férrea, tramo Santa Marta Puerto Drummond la suma de \$640.077.550,22 millones, es decir un porcentaje muy bajo de la totalidad de recursos recibidos. Estas reflexiones, que impulsaron a la Procuraduría General de la Nación a imponer la sanción, no fueron rebatidas por el imputado, que por toda explicación arguye que no hubo el detrimento patrimonial que se acusa.

No está demás señalar que en el acto acusado, es decir, en la resolución de la Procuraduría General de la Nación que impuso la sanción, se especificó con todo detalle y minuciosidad la operación y las múltiples faltas cometidas por el sancionado.

Especial atención mereció a la Procuraduría General de la Nación el informe rendido por la Contraloría General de la República, sobre el cual, aquella institución de control refiere que:

*"en el informe de auditoría gubernamental con enfoque integral especial a la Concesión Férrea del Atlántico de mayo de 2002, obrante a folios 106 a 120 del Anexo 1, refiere incumplimientos por parte de FENOCO como atrasos en la ejecución de las obras, pues a diciembre 31 de 2001, se había realizado la rehabilitación parcial de 28.54 Km en el tramo La Loma - Zapatosa, quedando pendientes cerca 63.46 Km para lograr la meta estimada del primer año, y que fue calificada en el informe de gestión de 2001, por la Superintendencia de Puertos y Transporte como lenta y deficiente. Agregó que al ampliarse el plazo de rehabilitación se desaprovecha el potencial de movilización de la demanda en perjuicio de la competitividad del país, además de no llevarse de manera integral las labores de conservación y mantenimiento. Asimismo que a 31 de diciembre de 2001, lo recibido por el Concesionario ascendía a \$84.916 millones por concepto de ingresos por el contrato con la DRUMMOND, sin que se hubiese verificado adecuados controles por parte de FERROVIAS sobre el transporte del carbón, al tiempo que los aplazamientos e incumplimientos en las obras de rehabilitación y mantenimiento representaban un riesgo de pérdida de los recursos invertidos por el Estado por \$48.351 millones.*

Así las cosas, las pruebas obrantes en la investigación muestran sin duda que el imputado puso en riesgo los intereses económicos del Estado,

prorrogó, indebidamente los plazos, y no tomó precauciones para tasar los intereses del capital que debía aportarse, toleró que el Concesionario retuviera lo que debía aportar, en contravía de lo dispuesto en el contrato de concesión original y en el pliego de condiciones.

Se desprende de todo lo anterior que el inculpado no podía cambiar las bases del contrato, conceder plazos desmedidos, que desprotegió el patrimonio público, y renunció a los intereses. Y así procedió, supuestamente escudado en que debía evitar un pleito que promovería el Concesionario, que según muestran las cifras citadas por ambos órganos de control, no había cumplido el contrato, incumplimiento agravado porque el dinero estaba a su disposición en la Fiduciaria y poco o casi nada había hecho para cumplir el contrato, que, se reitera, mostraba una bajísima ejecución.

Reiteradamente hizo eco la Procuraduría General de la Nación del concepto emitido por el Contralor General de la República, que en el Oficio 80110-0615 del 24 de junio de 2002 dirigido al disciplinado reza lo siguiente:

*"El posponerle por cinco años a la sociedad concesionaria la obligación de cancelarle a FERROVIAS los US \$42.0 millones pactados por los derechos de la concesión implica una pérdida de costo de oportunidad del dinero aproximadamente US \$14.0 millones, en detrimento de los intereses de la Nación."*

En la suscripción del Acta No 7 del 21 de mayo de 2002, el Doctor Diego Luis Noguera Rodríguez incurrió en las faltas que le endilgó la Procuraduría General de la Nación, de ahí que ningún yerro afecta la resolución acusada en sede contencioso administrativa, pues cada uno de las defensas propuestas por el inculpado fue rebatida, con un análisis ponderado de las pruebas y de las reglas legales que soportan la sanción. El volumen de argumentos que muestra la resolución sancionatoria y la prolividad de sus argumentos, así como la minuciosidad del reproche disciplinario, contrasta con la extremada simplicidad de la demanda que dio inicio a este proceso contencioso administrativo, en la cual el actor apenas se limita a negar los hechos, sin añadir nada relevante que pueda cambiar el sentido de la decisión.

Ante la Procuraduría General de la Nación y en esta instancia contenciosa administrativa, ha planteado el demandante que suscribió la prórroga plasmada en Acuerdo Complementario No. 7 del 21 de mayo de 2002, con el objeto de solucionar controversias y disputas con respecto al cumplimiento del contrato de concesión originadas en diferencias de interpretación de cláusulas contractuales, utilizando para ello, los mecanismos de solución de conflictos pactados en la cláusula 139 del contrato.

No obstante, tanto la Procuraduría General de la Nación, como la Contraloría General, aquella en los cargos y ésta mediante el Oficio 80110-0615 del 24 de junio de 2002 dirigido al disciplinado, coinciden en señalar que:

*"las modificaciones introducidas dentro de la ejecución del contrato, al fundamentarse en una indebida interpretación de la cláusula 139 del mismo, que establece un procedimiento para la solución de disputas o discrepancias que surjan entre las partes ha servido de argumento para alterar las condiciones de lo pactado inicialmente, especialmente en lo que concierne al manejo financiero, originándose con ello desequilibrio económico en contra de la Nación y el menoscabo del patrimonio público" (...)*

Estas conclusiones reafirman que Diego Luís Noguera Rodríguez, hizo una indebida interpretación de la cláusula 139 del mismo, y pretextando unas discrepancias entre las partes, omitió que la denuncia del incumplimiento del contrato que FERROVIAS hizo a FENOCO del 14 de diciembre de 2001, le impedía prorrogar el término para que el contratista pagara los 42 millones de dólares, dando lugar a un desequilibrio económico en contra de la Nación y a un menoscabo evidente del patrimonio público.

Al contrario de las afirmaciones superficiales hechas en esta demanda por el apoderado de Noguera Rodríguez, la Procuraduría sí tuvo en cuenta la situación del inculpado desde cuento se posesionó como Presidente de Ferrovías (18 de febrero de 2002), la existencia del contrato de concesión, incluido el pliego de condiciones y la oferta, así como el Acta No 5 del 27 de febrero de 2001, pero de modo muy especial su participación en el Acuerdo Complementario No. 7 del 21 de mayo de 2002, generador de graves perjuicios para el patrimonio público, como que allí se extendió el plazo del contrato y se modificaron sustancialmente las condiciones en perjuicio de los intereses del Estado.

Sea lo primero advertir que la demanda no se ocupa del segundo de los cargos, por lo cual se pasará al análisis del tercer cargo.

4.4.- Sobre el tercer cargo de que se acusó al demandante.

Como se evidencia en el texto de la resolución que impuso la sanción, se reprochó al demandante por:

*"Acordar en el acta 7 la constitución de la garantía de buen manejo del anticipo sobre parte de los 12.5 millones de dólares acordados como pago anticipado en el acta No. 5 del 27 de febrero de 2001, pero sin exigir que se haga por el cien por ciento que ordena el literal a) del artículo 17 del Decreto 679 de 1994, generando con ello un incremento injustificado del patrimonio, conducta descrita como falta gravísima en el inciso segundo del numeral 3º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, toda vez que ahorra el valor que esta carga le implica, y que por demás tiene el carácter de obligatoria".*

El demandante responde a esta recriminación diciendo que ella le resulta *"completamente ajena"*, pues el pago de los 12.5 millones de dólares fue dispuesto en el Acta número 5; como se sabe, Diego Luís Noguera Rodríguez no era presidente de FERROVIAS el día en que se suscribió la citada acta. Admite sí el demandante, que rubricó el Acta número 7, pero que en ella se limitó a lograr que la suma quedara garantizada.

No obstante, la explicación intentada en la demanda contencioso administrativa resulta precaria, pues la acusación recayó sobre la trasgresión del numeral 3º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el literal a) del artículo 17 del Decreto 679 de 1994 y en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria se detalla el sentido de la acusación, que comprende actuaciones de cuando el sujeto disciplinable era presidente de Ferrovías.

Es verdad que en el Acta No 5 suscrita el 27 de febrero de 2001, por el antecesor de Diego Luís Noguera Rodríguez se pactó un anticipo que Ferrovías entregaría a FENOCO S.A. por la suma de 12.5 millones de dólares y que en esa parte de la operación no participó el inculpado. No obstante, aunque no hubiera sido pactado así, ó se hubiera convenido lo contrario, era absolutamente necesario constituir una póliza que amparara el buen manejo e inversión de todo tipo de anticipo pues así lo manda la ley.

En efecto, se concluyó que mediante el Acuerdo Complementario No. 5 del 27 de febrero de 2001, se pactó un pago como anticipo, y por tanto, la erogación antes de la iniciación del cumplimiento contrato, y con el fin de financiarlo, configura un anticipo y no otra cosa.

Se observa en el Acta No. 7, esa sí suscrita por el inculpado, que allí se estableció que del total del anticipo hecho al Concesionario se había entregado la suma de US 2'083.333,33 a un tercero FERROATLANTICO; entonces al haberse convenido que la cobertura de la garantía sólo se haría ampliando la garantía única pactada en el contrato de concesión, con la aclaración que dicho amparo se iría reduciendo, se reconoció que tal suma verdaderamente se tomaba como un anticipo, por manera que al no extender el amparo a la totalidad de lo entregado, se vulneraron las disposiciones legales que imponen que toda entidad exija al contratista una póliza que ampare el buen manejo e inversión de los dineros entregados como anticipo. Entonces, el implicado, así no hubiera otorgado el anticipo, sí debió exigir que se amparara con una póliza de manejo adecuado de los 12.5 millones de dólares recibidos por Concesionario, lo que constituye una incremento injustificado del patrimonio del Concesionario, con la tolerancia del inculpado y desde luego en perjuicio de los intereses del Estado, al eximir del pago de la respectiva prima y tolerar el manejo de fondos del Estado sin amparo alguno.

Y la Procuraduría General de la Nación al imponer la sanción, lo hizo de modo razonado y concluyente, vertiendo en las resoluciones los motivos que acaban de sintetizarse. Pero además de ello, la Procuraduría General de la Nación, hizo suyos los argumentos de la Contraloría General de la República, en el requerimiento hecho en el Oficio 80110-0615 del 24 de junio de 2002, dirigido al inculpado en el que se le endilgó haber fraguado las alteraciones técnicas y económicas introducidas a través del Acuerdo No. 7. Allí, ese otro ente de control expresó:

*"Con la modificación de la forma de pago acordada en el acta No. 5 que incluyó la figura de la entrega anticipada al Concesionario de US\$12.5 millones no se dio aplicación al artículo 17 del Decreto 679 de 1994 de exigir la constitución de la respectiva garantía, lo cual no puede entenderse subsanado como se pretende hacer notar en el acta No. 7, con la ampliación de la garantía únicamente sobre la parte que el Concesionario le entregó a un tercero".*

No es entonces admisible la postura del investigado, que en la versión libre que rindió planteó que los dineros entregados no eran un anticipo sino el pago de obligaciones incumplidas por Ferrovías, y que por lo tanto dicha suma quedaba cubierta con la garantía única de cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, y que lo único que hizo fue asegurar en exceso o doblemente los dineros entregados de acuerdo con los términos del Acta No 5.

Para demostrar la sinrazón de los descargos en este punto, baste con recordar que en varias ocasiones el contratista fue requerido para que cumpliera, es decir que si alguna obligación estaba desatendida, el incumplimiento era del Concesionario, por lo que resultaba absurdo atribuir al anticipo el carácter de pago de deudas incumplidas por parte del Concedente.

En conclusión, la suma de US 12'500.000 fue entregada como anticipo, y el Acuerdo No. 7, suscrito por el inculpado, en tanto permitió que sólo una parte de dicha suma recibida por el Concesionario fuera garantizada con una póliza, dejó al descubierto la restante, es decir omitió incumpliendo el Decreto 679 de 1994, artículo 17, que impone la constitución de una póliza equivalente al cien por ciento (100%) de todo anticipo, en armonía con el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993. El artificio de cambiar el concepto de anticipo por el de pago de una deuda incumplida y de fingir un inexistente incumplimiento, no deja al disciplinable al margen de la sanción y así procedió la Procuraduría General de la Nación en el acto acusado, que desde luego se ajusta al ordenamiento.

Incurrió el inculpado en la conducta tipificada en el inciso 2º del numeral 3 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el Literal a) del artículo 17 del Decreto 679 de 1994, pues entregar dinero adelantado, sin haber iniciado las obras, y hacer esa entrega a un contratante incumplido, es poner en riesgo el patrimonio público, pues dicho Concesionario obtuvo de ese modo unos fondos, no pagó costos financieros, mientras que dichos fondos públicos quedaron expuestos a todo riesgo.

Sobre el cuarto cargo de que se acusó al demandante. Según el pliego y las resoluciones de primera y segunda instancia emitidas por la Procuraduría General de la Nación, el demandante Diego Luis Noguera Rodríguez:

*"Modificó a favor de FENOCO S.A. en el acta No. 7 del 21 de mayo de 2002, la destinación de los aportes obtenidos con la ejecución del contrato operacional suscrito con la Drummond Ltd., destinándolos además para el pago de los gastos de financiación y como instrumento de garantía del crédito que para el cumplimiento de las obligaciones derivados(sic) de la concesión, debía obtener el Concesionario bajo su cuenta y riesgo, contrariando disposiciones del pliego y contractuales que destinaban estos recursos a la ejecución del plan de obras de rehabilitación - reconstrucción, transgrediendo con ello el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por violación de uno de los principios de la contratación estatal, cual es el de la transparencia previsto en los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, al otorgarle beneficios al contratista sobre una obligación que corría por su cuenta y riesgo como lo es la de financiar el proyecto otorgado en concesión, obligación primordial dentro de la ejecución de tal contrato, poniendo en desventaja a posibles oferentes que cuando conocieron el pliego no contaban con tal beneficio, toda vez que no se encontraban allí previstos, generando de esta manera una desigualdad en las condiciones esenciales del proceso de selección".*

En su defensa el demandante plantea como toda explicación que:

*"como Presidente de Ferrovías - lo que hizo- fue aclarar aún más dicha acta número 5, al suscribir el acta número 7, en la cual se reafirmó que los créditos y gastos derivados de la financiación tendrían que estar relacionados exclusivamente con las actividades de rehabilitación y reconstrucción."*

Es menester ilustrar primero sobre una circunstancia relevante para la resolución de este cargo y de las explicaciones dadas por el inculpado. Acontece que dentro de los aportes a cargo de la Nación, estaba la obligación de transferir el ingreso derivado del derecho de paso que desde mucho antes estaba convenido con la firma Drummond Ltda. No obstante, dentro del contrato se pactó para esos recursos una dedicación exclusiva, en tanto ellos tenían como finalidad prioritaria garantizar los compromisos asumidos por la Nación, respecto al mantenimiento especializado del tramo férreo La Loma - Santa Marta.

La Procuraduría General de la Nación estimó que se habían violado el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; el numeral 1 del artículo 24 y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, considerando la falta gravísima, cometida a título de dolo.

Así, en el pliego de condiciones de la licitación pública para entregar en concesión la red férrea del Atlántico, se convino, punto 3.11.3, que Ferrovías aportaría los ingresos derivados de la celebración del contrato suscrito con la firma Drummond Ltda. No obstante se estableció como restricción que esos fondos debían aplicarse a la infraestructura y superestructura de la vía férrea concesionada. Y si algún excedente quedara sólo sería invertido en la rehabilitación de la red, hasta su cumplimiento total y a partir de ello, debían entregarse a Ferrovías. De esa especificidad del contrato suscrito el 9 de septiembre de 1999 se ocupó la cláusula 27.2.

El investigado, al rubricar el acta de acuerdo complementario No 7, y tolerar el cambio de destinación de esos aportes que venían del convenio con la firma Drummond Ltda y destinarlos no al fin pactado, sino al pago de los gastos de financiación y como instrumento de garantía de los créditos que obtuviera el propio Concesionario se olvidó del pliego de condiciones, que como es sabido constituye ley para las partes y que no puede ser modificado después de la recepción de las propuestas, violando de ese modo el principio de igualdad entre los posibles proponentes y el de transparencia que debe alumbrar todo el proceso, es reprobable que durante la ejecución del contrato se establecieran nuevas reglas para la concesión, en beneficio neto del Concesionario, en este caso usar dineros que eran ingreso del Concedente y con destinación contractual específica, para financiar las obligaciones del Concesionario o servirle de garantía, como si Ferrovías estuviera obligado a ser garante de las deudas del Concesionario con terceros, cosa por lo demás injusta y lesiva del patrimonio público.

La cláusula establece con precisión y de manera restrictiva, el destino de los recursos provenientes de Drummond Ltda., toda otra interpretación que extienda la aplicación de los fondos a toda la red férrea, en contravención de la cláusula 27.2, o para pagar costos financieros a cargo del Concesionario, quebranta el sentido del contrato y otorga ventajas injustificadas.

Se imputó al disciplinado Diego Luis Noguera Rodríguez, haber modificado a favor de FENOCO S.A., la destinación de los fondos con fuente en la Drummond Ltda., al aplicarlos además al pago de los gastos de financiación y como aval de los créditos que debía obtener el Concesionario bajo su cuenta y riesgo, obligación enteramente a cargo de este según la cláusula 14.5 del Contrato de concesión, contrariando así disposiciones del pliego que destinaban estos recursos a la ejecución del plan de obras de rehabilitación - reconstrucción. La combinación de los acuerdos 5 y 7, el último de los cuales compromete al acusado Diego Luis Noguera Rodríguez, implicó una alteración sustancial del contrato y el otorgamiento de ventajas desmedidas al Concesionario, como acertadamente concluyó la Procuraduría en el acto acusado.

Como en todos los aspectos relevantes de la sanción impuesta, la Procuraduría General de la Nación sumó a sus propios argumentos la opinión del Contralor General, consignada en el requerimiento contenido en la comunicación del 24 de junio de 2002, dirigida al Disciplinado Diego Luis Noguera Rodríguez. En ella se consignó que:

*"es evidente que la Presidencia de esa entidad, a través de las actas de acuerdo suscritas, ha permitido que con los recursos aportados por la Nación se asuman obligaciones que debía ejecutar la sociedad concesionaria - Fenoco - con sus propios recursos; ha eximido y postergado varias responsabilidades de ésta, y extralimitadamente, ha autorizado el uso de los recursos provenientes del derecho de paso pactados en el contrato celebrado con la Drummond, para el servicio de la deuda que llegue a contraer el Concesionario. Se ha permitido adicionalmente, que con estos recursos se le reembolsen a Fenoco los gastos que debe sumir por cuenta propia en los trabajos de rehabilitación de toda la red férrea entregada en concesión, alterándose de esta manera la utilización de tales recursos ya que los mismos tienen como finalidad prioritaria garantizar los compromisos asumidos por la Nación, respecto al mantenimiento especializado del tramo férreo La Loma - Santa Marta. Asimismo se altera la modalidad de reembolsos inicialmente establecida, por la de desembolsos, al autorizar pagos a terceros con los dineros depositados en la fiducia."*

El acto acusado en sede contencioso administrativa, se detuvo a espacio y con toda explicitud, a controvertir los argumentos del sancionado y desechó que la cláusula 4<sup>a</sup> del contrato de Fiducia Mercantil, en que se convino que los recursos fideicometidos, inclusive los provenientes del contrato con la Drummond pudieran emplearse en los gastos que fueren necesarios para la rehabilitación y adquisición de material rodante y "al pago de servicio de la deuda de todos los anteriores conceptos", por cuanto tal pacto entre el Concesionario y la Fiduciaria de Occidente, no podía alterar las estipulaciones centrales del contrato de Concesión.

Así las cosas, examinadas con minuciosidad las consideraciones que llevaron a la imposición de la sanción, ellas lucen enteramente razonables; por lo demás, el acusado sabía del alcance de la imputación, pudo rebatirla, lo intentó en sede del proceso disciplinario y no logró añadir nada nuevo en la acción contencioso administrativa, ni logró desvirtuar la acusación, tampoco explicar su conducta y menos desquiciar la presunción de legalidad y acierto que acompaña los actos de la administración.

Sobre el quinto cargo de que se acusó al demandante.

En el proceso disciplinario se imputó al demandante porque:

*"Exoneró a FENOCO S.A. mediante el acta No. 7 del 21 de mayo de 2002, de cumplir con la limitante del 80% de inversión mínima estipulada en el acta No. 5 del 27 de febrero de 2001, para el primer año de concesión, al autorizar el pago de reembolsos pendientes al 21 de mayo de 2002, sin importar el cumplimiento en el tope de inversión, transgrediendo lo dispuesto en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al desconocer uno de los principios que rigen la contratación estatal, el de transparencia previsto en los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, al estipular condiciones no previstas en el pliego de condiciones, que hacen mas ventajosa la posición del Concesionario en frente de los posibles participantes de la licitación No. 001 de 1999, pues dentro de la etapa de formación del contrato se les exigía el cumplimiento del 100% del plan anual de obras y de inversión"*

Con la conducta del imputado fueron violados el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; el numeral 1º del artículo 24 y artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Como toda defensa en el folio 256 del cuaderno No.8, el demandante plantea que debe leerse *"desapasionadamente"* el acta, pues si bien emitió una autorización de desembolso, dicho acto fue de modo general, mediato y no directo, pues no le competía controlar el cumplimiento del plan de ejecución del contrato.

Vuelve luego el demandante sobre aquella explicación general de que los principios de igualdad y transparencia sólo podrían ser violados en el proceso licitatorio y en los preámbulos de la celebración del contrato y nunca retroactivamente, pues no se conoce en el derecho la especie de *"dolo retroactivo"* que le ha sido impuesta.

Como estos argumentos ya fueron atendidos, se traen aquí las consideraciones que en otro parte de esta decisión se hicieron para enfatizar que el deber de transparencia debe guiar todo el proceso y no solo el comienzo del mismo.

El cargo endilgado se mantiene en pie, pues las nuevas condiciones introducidas en favor del Concesionario, modificando inclusive las establecidas en el Acta de Acuerdo No. 5 del 27 de febrero de 2002, que aparecen en el pliego de condiciones, no estaban fijadas en el contrato, cambios de tal trascendencia que debían ser objeto de otra licitación como con todo acierto argumenta la Procuraduría General de la Nación en la frondosa providencia en que se impuso la pena. Con ese proceder se violentaron los pliegos de condiciones que, como es sabido son ley del contrato y por tanto intangibles dentro del proceso de desarrollo de lo convenido.

La alteración sustantiva del contrato ocurrió porque se establecieron nuevas normas, al autorizar el pago al Concesionario de los reembolsos pendientes a la firma del Acta de Acuerdo No. 7, el 21 de mayo de 2002, sin cumplir con el nivel de inversión mínimo del ochenta por ciento (80%) pactado en el Acta de Acuerdo No. 5 del 2002, con lo que se favoreció abiertamente al contratista, pues en el pliego de condiciones y en el contrato, en la cláusula 17.2 el Concesionario recibiría la remuneración por los trabajos, que de no ser ejecutados en el nivel e intensidad pactados, sería causal de incumplimiento del contrato. El incumplimiento del plan mínimo de obras, de conformidad con el cronograma de ejecución de obras y el plan de aseguramiento de la calidad de estas, daba lugar a denunciar el contrato por incumplimiento y no a desembolsar, sin hacer el control debido, he ahí la falta cometida y la razonabilidad de la sanción impuesta.

Sólo cumpliendo con la totalidad del plan de inversión podía el Concesionario tener derecho a los reembolsos solicitados, pero a pesar de esa imperatividad del contrato, el culpable exoneró de su cumplimiento total al Concesionario, de acuerdo con lo consignado en el mencionado Acuerdo No.7, pues autorizó que para el pago de los reembolsos no se tendría en cuenta, ni siquiera lo convenido en el Acuerdo 5 numeral 2º que precisamente estipulaba en contravía con el pliego de condiciones y el contrato, el compromiso del Concesionario de mantener un nivel mínimo de inversión del 80 % de la inversión prevista en el plan mínimo de obras, así como la posibilidad de retención de reembolsos por parte del Interventor, cuando no se cumpliera el cronograma de inversiones, favoreciendo de esta manera al Concesionario con la estipulación de nuevas reglas que no fueron conocidas por quienes pudieran haber intervenido en el proceso licitatorio.

Los hechos indican que el implicado obró con pleno conocimiento, ejecutó el contrato con desconocimiento de los principios de transparencia y

selección objetiva propios de la contratación estatal, autorizó una extraña forma de pago de reembolsos pendientes al 21 de mayo de 2002, faltando de ese modo a lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; en concordancia con el numeral 1º del artículo 24 y artículo 29 de la Ley 80 de 1993, conducta que el órgano disciplinario calificó como gravísima y a título de dolo y que no habiendo sido desvirtuada en el proceso contencioso administrativo que atiende el Consejo, sería suficiente por sí sola para mantener la legalidad que acompaña a los actos acusados.

Sobre el sexto cargo de que se acusó al demandante.

En este cargo se acusa que el Doctor Diego Luís Noguera Rodríguez:

*"Exoneró a FENOCO S.A. mediante el acta No. 7 del 21 de mayo de 2002 de la obligación de operar la infraestructura de transporte férreo dispuesta en la cláusula 3.5.3 del pliego de condiciones con carácter permanente y continua, condicionándola a un criterio subjetivo y discrecional del Concesionario toda vez que se dispuso que ella se realizaría "en la medida en que el Concesionario estime resulte necesario para atender la demanda económicamente viable, detectada y previsible," transgrediendo lo dispuesto en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por violación del principio de transparencia previsto en los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, al modificar las condiciones que rigieron la etapa de formación del contrato, pues en ellos no obraba limitante alguna al cumplimiento de esta prestación, generando desigualdad entre los posibles proponentes y el contrato adjudicatario, en la medida en que aquellos no contaron con tal ventaja para la ejecución del contrato ni para la presentación de propuestas".*

Con esa conducta la Procuraduría General de la Nación halló que estaba violados, el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; el numeral 1º del artículo 24 y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Frente a este cargo y de modo escueto la parte demandante plantea que sí podía limitar la rehabilitación de la vía, si el análisis económico no justificaba adelantar la atención integral de ella. En su tímida réplica al cargo, folio 257, reclama el inculpado que la empresa Concesionaria podía ajustar la ejecución de las obra con entera libertad, pues tal cosa autorizaba la cláusula 38 del contrato.

No obstante el breve contenido de la demanda en este punto, es notorio que en el Acta de Acuerdo No. 7, de cuya autoría se acusa al inculpado, se estableció que ella se realizaría en la medida en que el Concesionario estime necesario para atender la demanda económicamente viable, detectada y previsible, incluyendo un criterio subjetivo y discrecional, mientras que en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión se había establecido que dicha operación era de carácter permanente y continua. Por lo mismo, son dos concepciones antagónicas, y el deber del Concesionario era el de ajustarse a las previsiones del pliego. En el punto 3.5.3, se pactó que el Concesionario debía operar la vía garantizando la continuidad, eficiencia, permanencia y seguridad en la prestación de este servicio público, y en el ítem 3.5.4., se exigía de quien resultara beneficiado con la adjudicación del contrato, garantizar la atención adecuada de la demanda económicamente viable, detectada y previsible y la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga en la infraestructura concesionada con sujeción a los reglamentos existentes en su momento en Ferrovías o el que previamente presentara el Concesionario.

Por el contrario en el Acuerdo No. 7, numeral 9º, atribuido al acusado, se dispuso que el Concesionario que ya operaba un tramo de la Concesión, *"seguiría implementando la operación en la medida en que el Concesionario estime que ello resulta necesario para atender la demanda económicamente viable, detectada y previsible según lo pactado en la cláusula 38 y concordantes del contrato de Concesión."*

No obstante, habiendo asumido en el Contrato la obligación de *"...garantizar la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y especialmente garantizar la atención adecuada de la demanda económicamente viable, detectada y previsible..."*, no podía el Acuerdo 7, dejar esa obligación al capricho del Concesionario, y así se hizo al pactar que *"...se seguiría implementando la operación en la medida en que el Concesionario estime que ello resulta necesario para atender la demanda económicamente viable, detectada y previsible..."*.

Esa reducción severa de los compromisos del Concesionario llamó la atención del el Contralor General de la Nación, quien en el requerimiento del 24 de junio de 2002, consignó:

*"De otra parte, al aceptarse que la conservación de la línea férrea sea ejecutada por el Concesionario únicamente sobre los trayectos rehabilitados y al dejar a voluntad de éste la implementación de la operación de la red concesionada implica una exoneración significativa de las obligaciones económicas establecidas a cargo del particular se desvirtúa el principio fundamental de servicio público que le es inherente al transporte y se propicia el ejercicio de prácticas monopolísticas, que se pretendió evitar con la estructuración original de estos procesos."*

Como emerge de lo dicho con el Acta de acuerdo No. 7 se introdujeron sensibles modificaciones a las cláusulas, casualmente siempre a favor del Concesionario, de donde extrajo la Procuraduría General de la Nación la responsabilidad del sujeto pasivo de la acción disciplinaria y hoy demandante, mediante actos plenos de razones y nutridos de fundamento probatorio y de soporte legal que quedan en pie luego de la precaria demanda intentada contra ellos.

Sobre el despacho del séptimo cargo hecho al demandante.

En este cargo se atribuye al demandante haber violado varias disposiciones legales porque:

*"Exoneró a FENOCO S.A. en el acta No. 7 del 21 de mayo del 2002, de la obligación de ejecutar obras de conservación sobre la totalidad de la vía recibida en concesión, al acordar que esta se realizaría únicamente sobre los trayectos rehabilitados, contrariando lo dispuesto en las cláusulas 1, 18, 30 y 32 del contrato y 3.5.2. del pliego de condiciones, que imponían tal prestación sobre la totalidad de la red férrea del Atlántico, violando lo dispuesto en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al generar con ello un detrimiento en el patrimonio público y a la vez transgredir el principio de transparencia previsto en los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, permitiendo por una parte, que la red férrea del Atlántico se deteriore con el paso del tiempo por falta de conservación y, por otra, modificando las condiciones que rigieron la etapa de formación del contrato, pues en los pliegos no obraba limitante alguna al cumplimiento de esta prestación, generando desigualdad entre los posibles proponentes y el contratante adjudicatario, en la medida en que aquellos no contaron con tal ventaja para la ejecución del contrato ni para la presentación de propuestas".*

En la acusación y con todo explicitud de inculpo al demandante haber violado la Ley 734 de 2002, en el numeral 31 del artículo 48 y la Ley 80 de 1993 en el numeral 1º del artículo 24 y en el artículo 29.

En la demanda se plantea que lo pactado en el numeral 8º de la citada acta, debe analizarse en concordancia con el numeral 10 ibídem, de lo que se infiere que en ningún momento exoneró al Concesionario de la obligación de efectuar las obras de conservación en toda la línea férrea, pues en efecto modificó la obligación de conservación con la periodicidad mínima prevista en la cláusulas 31 y 32, que debía operar respecto de la totalidad de la vía concesionada, pues se acordó que la conservación intensiva y sistemática sería *"únicamente sobre los trayectos rehabilitados"*.

No obstante, en el fallo disciplinario se da cuenta pormenorizada y detallada de porqué las obligaciones asumidas debían ser permanentes e integrales, pues lo establecido en la cláusula que se investiga es una nueva obligación para el Concesionario, por cuanto que la conservación intensiva y sistemática se haría sobre los tramos rehabilitados, mientras que para los demás segmentos de la vía, la conservación sería periódica y permanente, ya que de todas formas se modificaría lo dispuesto en el pliego de condiciones y el contrato de concesión, al excluir la obligación de una conservación sistemática e intensiva, con revisiones generales progresivas durante períodos que no superen los 5 años, aplicable a toda la infraestructura concesionada, pues la conservación en los términos de la cláusula 30, corresponde a todas las actividades de carácter periódico necesarias para el mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles, obras civiles, equipos, elementos de señalización y sistemas de comunicación que conforman la infraestructura del transporte férreo de carga.

Entonces el inculpado es responsable de haber variado el pliego de condiciones y el propio contrato de concesión, pues en el *item* de conservación de la infraestructura, siendo estos trabajos básicos e imprescindibles para garantizar la operación fiable de la infraestructura, su seguridad y operación, de modo inexplicable tal obligación contractual fue reducida, al liberar al Concesionario del deber de efectuar el mantenimiento integral de la infraestructura recibida en concesión, ocupándose sólo de los trayectos rehabilitados.

En el Acta de Acuerdo Complementario No 7, suscrita el 21 de mayo de 2002, el inculpado desatendió el pliego de condiciones y el contrato mismo, acordó una reducción de la atención a sólo los tramos rehabilitados, excluyendo de esa modalidad de conservación el resto de la línea

como estaba convenido.

Lo anterior, implicó modificar las condiciones impuestas en el pliego de condiciones en el punto 3.5.2. que establece que la conservación comprende la totalidad de la vía férrea recibida en concesión.

Con su actuación, el investigado modificó de manera sustancial las condiciones que se impusieron en el pliego de condiciones que, como se ha repetido a lo largo del presente fallo, constituye ley para las partes y que tiene el carácter de inmodificables a partir del momento en que se reciben las diferentes propuestas y que debían regir para todos los posibles proponentes a lo largo del proceso licitatorio.

Fue adversa al inculpado, la opinión del Contralor General de la Nación, vertida en el requerimiento del 24 de junio de 2002 dirigido al disciplinado, de la cual se hizo eco la providencia acusada en sede contencioso administrativa, en ella se dice lo siguiente:

*"De otra parte, al aceptarse que la conservación de la línea férrea sea ejecutada por el Concesionario únicamente sobre los trayectos rehabilitados y al dejar a voluntad de éste la implementación de la operación de la red concesionada implica una exoneración significativa de las obligaciones económicas establecidas a cargo del particular se desvirtúa el principio fundamental de servicio público que le es inherente al transporte y se propicia el ejercicio de prácticas monopolísticas, que se pretendió evitar con la estructuración original de estos procesos."*

De acuerdo con lo anterior, ningún yerro es visible en las decisiones de la Sala Disciplinaria, tampoco en el fallo de primera instancia, al determinar la responsabilidad del disciplinado, pues éste sí incurrió en las diversas faltas disciplinarias que se le endilgan, por cuanto plenamente advertido de la gravedad de las modificaciones del contrato rompió el principio de transparencia en la etapa de realización del convenio, que ya no es el mismo que fue licitado y adjudicado, sino un enteramente diferente, muy beneficioso para el Concesionario y en desmedro de los altos intereses del Estado.

Puestas de este modo las cosas, el inculpado sí participó en un tramo definitivo de la ejecución del contrato, su conducta fue determinante para cambiar de modo sustancial el contrato, siempre en beneficio del Concesionario, ampliando los plazos para que este hiciera los aportes, reduciendo la obligación de cuidar toda la línea férrea, desembolsando dineros sin cumplir el mínimo de obras, aplicar los fondos provenientes de la Drummond a fines prohibidos en el contrato, permitir anticipos no previstos y dejarlos sin garantía.

Las decisiones de la Procuraduría General de la Nación fueron ampliamente motivadas, fundadas en pruebas de cuya legalidad nadie duda, corroboradas por contundentes hallazgos de la Contraloría General de la República. Por el contrario, la demanda contenciosa es apenas un simple alegato de instancia que equivoca por entero la función que corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Fiel a lo expuesto, la suerte de las pretensiones de la demanda, será adversa, pues la presunción de legalidad que acompaña a los actos demandados no fue desvirtuada, como ya quedó expuesto.

#### 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

DENIEGANSE las súplicas de la demanda intentada por DIEGO LUÍS NOGUERA RODRÍGUEZ, quien ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., contra el fallo de primera instancia proferido el 2 de octubre de 2003 por la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, y la decisión de segunda instancia expedida el 1º de julio de 2004 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, por las cuales se impusieron sanciones disciplinarias al demandante.

Reconócese al abogado Carlos Enrique Palacios Álvarez con T.P. No. 61.088 del C.S. de la J., como apoderado de la Procuraduría General de la Nación, en los términos y para los efectos, conferidos en el poder obrante a folio 351 del expediente.

Cópíese, notifíquese y una vez ejecutoriado este proveído 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

---

*Fecha y hora de creación: 2026-02-10 08:59:13*