



**PROCURADURÍA REGIONAL DE ANTIOQUIA**  
**ACTA DE CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA EN PROCESO VERBAL**  
**IUS 2013-197817**

|                        |                                                                                                                                                                                            |
|------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Radicación N°:</b>  | IUS 2013-197817                                                                                                                                                                            |
| <b>Implicado:</b>      | Mauricio Valencia Correa, Sebastián Álvarez Díaz, Juan Carlos Restrepo Monsalve, Oscar España Pulido, María Teresa Muñoz Jaramillo y otros.                                                |
| <b>Cargo:</b>          | Secretario Infraestructura Física, Gerente de Proyectos Estratégicos, Director General de Proyectos Estratégicos, Director de Asuntos Legales, Abogada Gerencia de Proyectos Estratégicos. |
| <b>Entidad:</b>        | Gobernación de Antioquia.                                                                                                                                                                  |
| <b>Quejoso:</b>        | De Oficio                                                                                                                                                                                  |
| <b>Fecha de Queja:</b> | 17 de junio de 2013                                                                                                                                                                        |
| <b>Fecha hechos:</b>   | 12 de julio de 2013                                                                                                                                                                        |
| <b>Asunto:</b>         | Fallo de Primera Instancia. (Artículo 178 de la Ley 734 de 2002)                                                                                                                           |

Medellín, trece (13) de mayo de dos mil catorce (2014). En la fecha y siendo la una (1:00), hora de la tarde se constituye en Audiencia Pública, en cumplimiento a lo ordenado en el auto de citación a audiencia de fecha 19 de diciembre de 2013, proferido dentro del proceso verbal No. **IUS 2013-197817**, adelantado contra los doctores **MAURICIO VALENCIA CORREA**, en calidad de Secretario de Infraestructura Física, **SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos, **JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos, **OSCAR ESPAÑA PULIDO**, en calidad de Director Asuntos Legales, del Departamento de Antioquia, respectivamente. En la Audiencia se encuentran presentes **DAVID ALONSO ROA SALGUERO**, Procurador Regional de Antioquia, quien preside la Audiencia, el doctor **JAIME ALONSO FORERO SIERRA**, Profesional Universitario adscrito a este Despacho, Secretario Ad-Hoc para esta Audiencia, quien ha servido de apoyo durante todo el trámite de este procedimiento verbal. Los doctores, **SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, identificado con la C. C. No 71.786.335 de Medellín, **JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, identificado con la C. C. No 71.630.314 de Medellín, **OSCAR ESPAÑA PULIDO**, identificado con la C. C. No 10.546.546 de Popayán, la doctora **MARCELA VARGAS ECHEVERRI**, identificada con C. C. No 43.592.363, con T. P. No 109.636 del CSJ., en calidad de apoderada de los doctores **JUAN CARLOS RESTREPO** y **OSCAR ESPAÑA** y la doctora **ARACELLY TAMAYO RESTREPO**, identificada con C. C. No 43.675.796, con T. P. No 81368 del CSJ., en calidad de apoderada de los doctores **MAURICIO VALENCIA** y **SEBASTIAN ÁLVAREZ**. Agotada la etapa probatoria y el traslado para alegatos de conclusión previos al fallo, terminadas también las intervenciones de las apoderadas de los disciplinados y de los sujetos procesales en general, este Despacho es competente para proferir fallo de primera instancia, de conformidad con lo preceptuado por el literal c) del artículo 75 del Decreto 262 de 2000; y como quiera que no se observa que se configure causal alguna de

nulidad, que invalide en todo o en parte el proceso disciplinario que se adelanta, se procede a proferir el fallo de primera instancia dentro de la presente actuación disciplinaria, en los siguientes términos:

### **ANTECEDENTES:**

En el auto de citación a audiencia de fecha 19 de diciembre de 2013, se precisaron los hechos objeto de investigación de la siguiente manera:

<El diario "EL COLOMBIANO", en publicación del día 17 de junio del presente año 2012, columna de opinión titulada "Freno a contratos en Antioquia", señaló que "...Sin desconocer los esfuerzos del gobernador Sergio Fajardo para gestionar ante el Gobierno nacional los recursos necesarios para "desatrasar" al Departamento en materia de vías, incluyendo el megaproyecto de las Autopistas, hay que lamentar la revocatoria de la adjudicación del contrato para la construcción de la conexión vial al túnel Fernando Gómez Martínez.

Son 4.1 kilómetros en doble calzada para conectar la carrera 80 con la vía que llega al túnel y cuyo contrato, adjudicado al consorcio Coparco, acaba de ser revocado, arrastrando consigo el proceso de cinco licitaciones para recuperar la red vial de Antioquia, por un valor de 180 mil millones de pesos, que también se someterá a revisión.

Más allá de la demora que se pueda ocasionar en el inicio de las obras para superar el cuello de botella que se forma en el occidente de Medellín, donde toma más tiempo salir de la ciudad que llegar a Santa Fe de Antioquia, lo delicado del asunto es que acuda al argumento de la ilegalidad o al de la inhabilidad del contratista -los dos únicos procedentes para una revocatoria- para calificar un error subsanable en una información, y sustentar así la resolución.

Revocatoria sin apego a criterios jurídicos, por un error en un formulario que debió advertirse antes de la adjudicación o incluso haber suspendido la audiencia, pues la acción administrativa realizada al día siguiente tiende un manto de sospecha sobre estas firmas y podría dar pie a una eventual demanda contra el Departamento.

Al proclamar con orgullo la honradez propia no se puede presumir la deshonestidad ajena. Y más cuando se debe obrar jurídicamente, para dar transparencia a la contratación sin afectar el buen nombre de las dos partes involucradas.>

### **IDENTIDAD DE LOS INVESTIGADOS**

En el trámite de la actuación disciplinaria, se estableció con base en los documentos allegados, que los presuntos responsables de los hechos objeto de esta investigación disciplinaria son:

MAURICIO VALENCIA CORREA, identificado con la cédula de ciudadanía número 70.568.463 de Medellín, en calidad de Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia.



SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.786.335 de Medellín, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia.

JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.630.314 de Medellín, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia; y

OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.546.546 de Popayán, en calidad de Director Asuntos Legales de la Gobernación de Antioquia.

### **HECHOS IMPUTADOS IRREGULARES**

En el auto que ordenó citar a audiencia de fecha 19 de diciembre de 2013, (Fls. 1227 al 1248, C-4), se señalaron a los investigados como presuntamente irregulares los siguientes hechos:

“2.1 El doctor MAURICIO ALBERTO VALENCIA CORREA, estando en el ejercicio del cargo de Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia.

2.1.1 Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-21-2012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de buena fe, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, cuyo aviso de convocatoria se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, “LICITACIÓN PÚBLICA – LIC-20-21-2012”, OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), la cual se ordenó apertura el 31 de enero de 2013 mediante Resolución No 002013, siendo adjudicada al CONSORCIO COPARCO (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 el 17 de mayo de 2013. Revocó el 28 de mayo de 2013 el acto administrativo de adjudicación de la licitación LIC-20-21-2012 (Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013), mediante la Res. No 068070 del 28 de mayo de 2013 y con Resolución No 087369 del 25 de junio de 2013, resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida sin fundamento en causal legal. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013.

2.2 El doctor SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ, en calidad de Gerente de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia

2.2.1 Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, cuyo aviso de convocatoria se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, "LICITACIÓN PÚBLICA – LIC-20-21-2012", OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), la cual se ordenó apertura el 31 de enero de 2013 mediante Resolución No 002013, siendo adjudicada al CONSORCIO COPARCO (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 el 17 de mayo de 2013, declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013. Aprobó el 28 de mayo de 2013 la Res. No 068070 de la misma fecha mediante la cual revocó la Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013, que adjudicó al CONSORCIO COPARCO la licitación LIC-20-21-2012 y con su firma también el 25 de junio de 2013 aprobó la Resolución No 087369 que resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida sin fundamento en causal legal. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013.

2.3 El doctor JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE, en su condición de Director General de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia

2.3.1 Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, cuyo aviso de convocatoria se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, "LICITACIÓN PÚBLICA – LIC-20-21-2012", OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), la cual se ordenó apertura el 31 de enero de 2013 mediante Resolución No 002013, siendo adjudicada al CONSORCIO COPARCO (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 el 17 de mayo de 2013. Revisó el 28 de mayo de 2013 la Res. No 068070 de la misma fecha mediante la cual revocó la Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013, que adjudicó al CONSORCIO COPARCO la licitación LIC-20-21-2012 y con su firma también el 25 de junio de 2013 revisó la Resolución No 087369 que resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida sin





fundamento en causal legal. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013.

2.4 El doctor OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO, en su calidad de Director Legal.

2.4.1 Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, cuyo aviso de convocatoria se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, "LICITACIÓN PÚBLICA – LIC-20-21-2012", OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), la cual se ordenó apertura el 31 de enero de 2013 mediante Resolución No 002013, siendo adjudicada al CONSORCIO COPARCO (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 el 17 de mayo de 2013. Revisó el 28 de mayo de 2013 la Res. No 068070 de la misma fecha mediante la cual revocó la Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013, que adjudicó al CONSORCIO COPARCO la licitación LIC-20-21-2012 y con su firma también el 25 de junio de 2013 revisó la Resolución No 087369 que resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida sin fundamento en causal legal. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013."

### ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la información del diario "EL COLOMBIANO", del día 17 de junio del presente año 2012, contenida en la columna de opinión titulada "Freno a contratos en Antioquia", en acápite anterior reseñada; y en observancia de la facultad contenida en el Artículo 69 de la ley 734 de 2002, que consagra la oficiosidad y preferencia de la acción disciplinaria, por auto del 8 de julio de 2013, se dispuso adelantar indagación preliminar en contra de funcionarios por determinar de la Gobernación de Antioquia, (Fls. 4 y 5).

Mediante auto del 19 de diciembre de 2013, este Despacho al evaluar la Indagación Preliminar, resolvió adecuar el trámite disciplinario al procedimiento verbal previsto en el Título XI del Libro IV de la ley 734 de 2002, artículo 175, modificado por el artículo 57 de la ley 1474 de 2011 y siguientes, en virtud del inciso 4 ibídem.

En consecuencia se dispuso citar a audiencia pública a los doctores MAURICIO ALBERTO VALENCIA CORREA, en calidad de Secretario de Infraestructura Física, SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ, en calidad de Gerente de Proyectos Estratégicos. JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE en calidad de Director

General de Proyectos Estratégicos, OSCAR ESPAÑA PULIDO, en calidad de Director de Asuntos Legales, de la Gobernación de Antioquia respectivamente.

La audiencia se fijó y tuvo inicio el 29 de enero del presente año, en la cual se escucharon en diligencia de versión libre o descargos a los presuntos implicados como a sus respectivas apoderadas, quienes aportaron documentos de prueba y solicitaron el decreto y práctica de pruebas testimoniales, la cuales fueron concedidas y practicadas los días 6 y 18 de febrero del presente año, una vez agotada la etapa probatoria, el 18 de febrero de los cursantes se corrió traslado y se ordenó un receso para que los sujetos procesales presentaran alegatos de conclusión previo al fallo el 7 de marzo, los cuales fueron rendidos en esta fecha por las apoderadas de los disciplinados.

### **RELACIÓN DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS Y ANÁLISIS DE LAS MISMAS**

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 128 del Código Disciplinario Único, necesidad y carga de la pruebas, el cual expresa que toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario, deben fundarse en las pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por los sujetos procesales. Así mismo, que la falta y la responsabilidad del disciplinado podrán demostrarse por cualquier medio de prueba.

En igual sentido, en el 141 *idem*, se establece que las pruebas se deberán apreciar en su integridad de acuerdo con la sana crítica y como requisito para sancionar indica, que las mismas deben conducir a la certeza del hecho y la responsabilidad del implicado.

De otra parte, el artículo 142 de la ley 734 de 2002 establece como presupuestos probatorios para proferir fallo sancionatorio, la existencia de prueba que conduzca a la certeza de la materialidad de la falta y de la responsabilidad del disciplinado, para lo cual, se acudirá a las pruebas legalmente producidas y allegadas oportunamente al proceso, que le permitan al operador jurídico disciplinario hacer su análisis y valoración integral, conforme a las reglas de la sana crítica, a través del sistema de persuasión racional, según el cual ningún medio de prueba tiene previamente establecida la valoración que le dará el juzgador – tarifa legal – correspondiéndole su análisis conforme con las reglas de la experiencia, con las reglas de lógica, el correcto entendimiento humano y los principios generales del derecho, con el propósito de obtener certidumbre acerca de la cuestión fáctica, desde el punto de vista de las normas disciplinarias y su aproximación razonable a la verdad material como presupuesto del debido proceso.

Con relación al tema, la Corte Constitucional<sup>1</sup>, precisó:

“Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados

---

<sup>1</sup> Sentencia C-244 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.



y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso; dependiendo de quién adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado.”

Dentro de la etapa de Indagación Preliminar, ordenada por auto del 8 de julio de 2013, se recaudaron las pruebas que a continuación se relacionan:

1. Visita especial practicada el 21 de agosto de 2013 en la Secretaría de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia, en la cual se allegó copia del acto administrativo por medio del cual se revocó la adjudicación de contrato al consorcio COPARCO, para la construcción de la conexión vial al túnel FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ, así como los siguientes documentos que lo soportaron y que obran en el expediente a folios 8 al 225 del cuaderno No 1.

- Proyecto pliego noviembre 2012 cuaderno 1 licitación No. 20-21-2012.
- Respuesta observaciones al proyecto de pliegos cuaderno 2.
- Pliego de condiciones enero 2013 cuaderno 3
- Respuesta observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones Cuaderno 6.
- Resumen cuaderno 7.
- Informe final a las observaciones cuaderno 12
- Resolución por medio de la cual se revoca resolución No. 50345 del 17 de mayo de 2013 cuaderno 16.
- Resolución No. 050345 del 17 de mayo de 2013 cuaderno 16.
- Escrito del 24 de mayo de 2013 del consorcio COPARCO dirigido al secretario de infraestructura física cuaderno 17.
- Resolución No. 068070 del 28 de mayo de 2013 cuaderno 17.
- Informe de evaluación posterior a la revocatoria de la resolución No. 068070 del 28 de mayo de 2013 cuaderno 17.
- Resolución no. 089354 del 12 de julio de 2013 cuaderno 17.
- Resolución 090684 del 29 de julio de 2013 cuaderno 17
- Resolución 090694 del 29 de julio de 2013 cuaderno 1 sa-20-10-2013
- Pliego de condiciones SA-20-10-2013 cuaderno 1
- Respuesta observaciones pliego de condiciones SA-20-10-2013 cuaderno 2.

2. Diligencia de declaración juramentada rendida por el señor Carlos Mario Betancur, representante legal de CONASFALTOS LTDA., integrante del Consorcio COPARCO, Folios 268 y 269. Este Testimonio, fue recepcionado por la comisionada sin la presencia de los disciplinados, se considera que las manifestaciones fueron libres, espontáneas y sinceras, por lo tanto amerita un alto grado de credibilidad.

3. Copia del manual específico de funciones y de competencias laborales del Secretario de Infraestructura Física del Departamento y del Gerente del Concesiones a cargo del proyecto conexión vial al túnel FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ, folios 9 al 18.

4. Certificado de Existencia y Representación de CONASFALTOS, integrante del Consorcio COPARCO, representado por Carlos Mario Betancur, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, Folios 270 al 275.

5. Oficio No PVAC-941-2013, firmado por el doctor Sebastian Álvarez Díaz, Gerente de Proyectos Estratégicos de la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación de Antioquia.

6. Oficio S/N del 16 de diciembre de 2013, firmado por el doctor José Luis Barrios Arrieta, Procurador 143 Judicial II Administrativo, mediante el cual remite copia de la actuación adelantada por ese Despacho con base en la solicitud de conciliación promovida por COPCISA S. A. S., ARQUITECTURA Y CONCRETOS S. A. S., CONCRETOS Y ASFALTOS S. A., con el Departamento. (Cuaderno No 4)

7. Oficio No PVAC-948-2013, firmado por el doctor Oscar Orlando España Pulido, Director de Asuntos Legales de la Gobernación de Antioquia, mediante el cual remite los contratos laborales del señor GUSTAVO LASTRA BERMUDEZ, las señoras MARIA TERESA MUÑOZ JARAMILLO y ADRIANA MONTOYA HINCAPIE, y del Convenio interadministrativo 2013-CF-20-0123 suscrito entre el Departamento de Antioquia y la Universidad de Antioquia. (Cuaderno No 4)

Todos, los anteriores documentos ofrecen alto grado de credibilidad, los actos administrativos se presumen legales. Al respecto el Consejo de Estado señaló:

"Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada "presunción de legalidad" que también recibe los nombres de "presunción de validez", "presunción de justicia", y "presunción de legitimidad". Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad."<sup>2</sup>

Durante la audiencia se aportaron, decretaron y practicaron la práctica de las siguientes pruebas:

**Pruebas aportadas por los intervinientes, sujetos procesales y/o sus apoderadas:**

1. Fotocopia íntegra del proceso de licitación LIC- 20-21-2012, en 8 cajas.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Lecompte Luna, Rad No 6264.





2. Fotocopia del Modelo Contractual del Departamento de Antioquia, (Fls. 1354 al 1357, C-5).
3. Fotocopia del Decreto 007 del 2 de enero de 2012, "Por medio del cual se hacen delegaciones en materia contractual en la Gobernación de Antioquia", firmada por el Gobernador del Departamento, (Fls. 1358 al 1360, C-5).
4. Fotocopia del Decreto 007 del 2 de enero de 2012, "Por medio del cual se crean el Comité de Orientación y Seguimiento en Contratación del Departamento de Antioquia y los Comités Internos de Contratación en cada Despacho, y los Asesores y Evaluadores de cada proceso contractual y se dictan otras disposiciones", firmada por el Gobernador del Departamento, (Fls. 1361 al 1367).
5. Fotocopia de la Resolución No 1281 del 20 de octubre de 2008, "Por la cual se revoca la adjudicación de la licitación 03 de 2008", firmada por el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, (Fls. 1368 a 1372, C-5). Este documento para este caso no aplica porque la revocatoria obedeció a una inhabilidad de uno de los participantes y en esta actuación se reprocha, entre otros aspectos la revocatoria del acto de adjudicación por "medios ilegales".
6. Fotocopia de la Resolución No 2031 del 28 de febrero de 2008, "Por la cual se revoca una adjudicación y se hacen unas declaraciones", firmada por la Secretaria General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, (Fls. 1373 al 1377, C-5)
7. Fotocopia de la Sentencia del Consejo de Estado, del 16 de julio de 2002, Radicado 23001-23-31-000-1997-8732-02 (IJ 029), Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero, (Fls. 1378 al 1388, C-5).
8. Fotocopia de la Resolución No 035 del 2 de agosto de 2013, "Por la cual se revoca la adjudicación del contrato del proceso CM-2013-004, se hacen unas declaraciones y se levanta una suspensión.", firmada por Gerente General de AVANTE SETP. (Fls. 1389 al 1391).
9. Fotocopia de la Sentencia del Consejo de Estado, del 30 de enero de 2013, Radicado 15001233100019960661001 (21.492), Consejero Ponente Dr. Danilo Rojas Betancourth, (Fls. 1392 al 1388, C-5).
10. Fotocopia de la Sentencia del Consejo de Estado, del 22 de mayo de 2013, Radicado 25000-23-26-000-2000-00288-01 (25.592), Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, (Fls. 1410 al 1414, C-5).
11. Fotocopia del manual específico de funciones y de competencias laborales del Director Administrativo, Área Secretaria General – Subsecretaria Jurídica – Dirección Administrativa y Contractual, (Fls. 1420 al 1422 C-5).
12. Fotocopia del manual específico de funciones y de competencias laborales del Subsecretario de Despacho, Área Secretaria General – Subsecretaria Jurídica, (Fls. 1423 al 1425 C-5).

13. Fotocopia del manual específico de funciones y de competencias laborales del Secretario de Despacho, Área Secretaria General – Despacho del Secretario, (Fls. 1426 al 1429 C-5).

Las anteriores pruebas documentales, ofrecen alto grado de credibilidad, por las mismas razones que las citadas anteriormente, pues se tratan de actos administrativos de los cuales se presume su legalidad.

**Pruebas testimoniales recepcionadas en la audiencia:**

1. CLARA LUZ MEJIA VELEZ, Abogada, actual Secretaria General del Departamento de Antioquia. Teniendo en cuenta que es una funcionaria de la Gobernación de Antioquia, manifestó haber participado en la toma de decisiones que son objeto de reproche en este procedimiento, por lo tanto conforme a las reglas de la sana crítica, existe una solidaridad institucional que sus manifestaciones están parcializadas un 100 por ciento y por ende el grado de credibilidad es menor.

2. LEON JAIME GUTIERREZ URIBE, Abogado, actual Subsecretario Jurídico del Departamento de Antioquia. Igualmente, actual funcionario del Departamento de Antioquia, quien manifestó haber asistido a una reunión donde se tomó la decisión y se recomendó la revocatoria del acto administrativo de adjudicación, objeto de esta investigación, por lo tanto conforme a las reglas de la sana crítica, existe una solidaridad institucional derivado del sentido de pertenencia, por ende sus manifestaciones están parcializadas un 100 por ciento y en consecuencia el grado de credibilidad es mínimo.

3. ANA MARIA SIERRA CORREA, Abogada, Directora de Contratación de la Gobernación de Antioquia. Teniendo en cuenta que es una funcionaria de la Gobernación de Antioquia, manifestó haber participado en la toma de decisiones que son objeto de reproche en este procedimiento, por lo tanto conforme a las reglas de la sana crítica, existe una solidaridad institucional y sus manifestaciones están parcializadas 100 % y por ende el grado de credibilidad es menor.

4. MARIA LUCELLY URIBE PIEDRAHITA, Ingeniera, Directora de Contratación de la Secretaria de Infraestructura de la Gobernación de Antioquia. Teniendo en cuenta que es una funcionaria de la Gobernación de Antioquia, manifestó haber participado en la elaboración del pliego de condiciones de la licitación que es objeto de reproche en este proceso, por lo tanto, conforme a las reglas de la sana crítica, existe una solidaridad institucional que sus manifestaciones están parcializadas un 100 por ciento y por ende el grado de credibilidad es menor.

5. JUAN ESTEBAN MARTINEZ RUIZ, Ingeniero, Subdirector de Movilidad del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, quien hace parte de la Junta Directiva del Convenio 0583 de 1996. Este testimonio es objetivo, espontáneo, no se trata de un funcionario vinculado a la Gobernación de Antioquia, por lo tanto ofrece alto grado de credibilidad.

6. CARLOS MARIO BETANCUR GONZALEZ, representante legal del Consorcio COPARCO. Participó en la licitación LIC-20-21-2012, Este



testimonio, es una ampliación del que rindiera en esta Procuraduría Regional. Revisando la información que consignara en el formulario No 1, el cual aportó con la oferta, (Fl. 975, C-3), es contratista del Departamento de Antioquia. Con base en lo anterior, por tener una relación contractual vigente con el Departamento, también participó en el proceso SA-20-10-2013, mismo objeto de la licitación citada, conforme a las reglas de la sana crítica, su manifestación no fue objetiva, pues su interés en contrataciones futuras, genera sospecha, hacen que su testimonio tenga mediana credibilidad y aunado a lo anterior tenemos que en la declaración en audiencia, en presencia de los disciplinados, manifestó que el proceso de la Licitación LIC-20-21-2012 fue legal, entra en sería contradicción con la solicitud de conciliación extrajudicial que presentó ante los Procuradores Judiciales Administrativos y la posterior demanda que formuló ante la jurisdicción contenciosa administrativa contra el Departamento de Antioquia, por la revocatoria del acto de adjudicación al Consorcio COPARCO, de la cual es su Representante legal. Por tal razón esta ampliación de testimonio ofrece un grado medio de credibilidad.

7. JUAN DIEGO RESTREPO RAMIREZ, Abogado de la Subsecretaría Jurídica de la Gobernación de Antioquia. Teniendo en cuenta que es un funcionario de la Gobernación de Antioquia, manifestó haber participado en la toma de decisiones que son objeto de reproche en este procedimiento, por lo tanto conforme a las reglas de la sana crítica, existe una solidaridad institucional y sus manifestaciones están parcializadas 100 % y por ende el grado de credibilidad es menor.

8. MARIA TERESA MUÑOZ JARAMILLO, Abogada de la Gerencia de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia. Teniendo en cuenta que tiene vínculo indirecto con la Gobernación de Antioquia, manifestó haber participado desempeñando el rol jurídico en la licitación que es objeto de reproche en este procedimiento, por lo tanto conforme a las reglas de la sana crítica, existe una solidaridad institucional y sus manifestaciones están parcializadas 100 % y por ende el grado de credibilidad es mínimo. Además en la Indagación Preliminar rindió versión libre por escrito, en auto del 19 de diciembre del 2013, se ordenó el archivo en su favor por no tener el carácter de servidora pública.

9. DIEGO RESTREPO ISAZA, Abogado, Gerente del ISVIMED. Este testimonio es objetivo, espontáneo, no se trata de un funcionario vinculado a la Gobernación de Antioquia, por lo tanto ofrece alto grado de credibilidad.

10. MARÍA CECILIA GIRALDO GIRALDO, Tecnóloga en Construcciones Civiles, Tecnico Operativo de la Secretaría de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia, manifestó haber participado realizando apoyo técnico en la licitación que es objeto de reproche en este procedimiento, por lo tanto conforme al sentido común y las reglas de la experiencia, existe una solidaridad institucional y sus manifestaciones están parcializadas 100 % y por ende el grado de credibilidad es mínimo.

## **ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LOS SUJETOS PROCESALES VERSIÓN LIBRE Y DESCARGOS**

En la etapa de indagación preliminar, los doctores MAURICIO VALENCIA CORREA, SEBASTIAN ALAVAREZ DÍAZ, JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE, OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO y la señora MARÍA TERESA MUÑOZ JARAMILLO, en sus condiciones de Secretario de Infraestructura Física, Gerente de Proyectos Estratégicos, Director Gerencia de Proyectos Estratégicos, Director de Asuntos Legales y Abogada Gerencia de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia respectivamente, presentaron por escrito versión libre en idénticos argumentos en los cuales indican los antecedentes, el trámite del proceso de licitación Pública LIC-20-21/2012, y las decisiones adoptadas en el mismo hasta su finalización, de igual manera la doctora Marcela Vargas, en su condición de apoderada de los cuatro primeros, presentó escrito en ejercicio de su derecho de contradicción y defensa, en la cual se detuvo sobre la publicación del Diario "El Colombiano", el 17 de junio del presente año, para que no se tenga como medio de prueba.

En la Audiencia iniciada el 29 de enero del año en curso, los disciplinados rindieron versión a manera de descargos, de igual manera intervinieron sus respectivas apoderadas.

Las intervenciones de los sujetos procesales y de sus apoderadas, tanto por escrito como en las respectivas audiencias, son muy extensas, los registros audiovisuales tienen una duración aproximada de 22 horas, tarea sumamente difícil para transcribirlas en este documento, por tal razón, para tomar esta determinación el Despacho se basó en los registros audiovisuales, los cuales se encuentran los CDS en el expediente.

### **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

Revisada la actuación disciplinaria no se advirtió causal de nulidad alguna y consecuente con ello, procede el Despacho a resolver de fondo sobre los hechos objetos del presente procedimiento disciplinario verbal.

### **COMPETENCIA**

Esta Procuraduría Regional es competente para conocer en primera instancia, los procesos disciplinarios que se adelanten contra servidores públicos del orden departamental, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 78 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el numeral 1º, literal c) del Artículo 75 del Decreto 262 de 2000, en concordancia con lo preceptuado por la Resolución 213 de 2003, del Procurador General de la Nación, mediante la cual se definió la competencia territorial de las Procuradurías Regionales, Provinciales y distritales y se estableció el mapa territorial de competencias de la Procuraduría General de la Nación.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico se puede plantear de la siguiente manera:





¿Incurrieron en falta disciplinaria los doctores, **MAURICIO VALENCIA CORREA**, en calidad de Secretario de Infraestructura Física, **SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos, **JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos, **OSCAR ESPAÑA PULIDO**, en calidad de Director Asuntos Legales, de la Gobernación de Antioquia, por haber participado en el proceso de licitación pública LIC-20-21-2012, (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley, en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función.?

Para dilucidar el interrogante planteado, resulta necesario efectuar algunas precisiones sobre unos temas puntuales a los cuales se refirieron los sujetos procesales en sus diferentes intervenciones, en ejercicio de su derecho de contradicción y defensa.

### **OBJETO DEL PROCESO**

El objeto del presente procedimiento verbal disciplinario, versa sobre el proceso de licitación pública adelantado por la Secretaría de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia, radicado con el número LIC-20-21-2012.

La convocatoria se publicó en el portal Colombia Compra, SECOP, el 20 de noviembre de 2012, consistió en: "CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA)", el 31 de enero de 2013, mediante la Resolución No 002013 se ordenó apertura, agotados los trámites legales, la licitación fue adjudicada en Audiencia del 17 de mayo de 2013 al CONSORCIO COPARCO, (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 de esta fecha. Por medio de la Res. No 068070 de fecha 28 de mayo de 2013, se decidió revocar la Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013, que adjudicó al CONSORCIO COPARCO la Licitación LIC-20-21-2012 y el 25 de junio de 2013, con la Resolución No 087369 se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida con fundamento en la causal relacionada con la obtención de la adjudicación por medios ilegales. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013.

### **EL PLIEGO DE CONDICIONES Y RECHAZO DE OFERTAS**

Con base en lo dispuesto por el numeral 5, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en el pliego de condiciones se indican los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, se definen reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación, se precisan las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto

del contrato, se establecen reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, se define el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

La ley indica que no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren y establece que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en el numeral citado arriba, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos allí enunciados.

El Consejo de Estado, ha definido el pliego de condiciones de la siguiente manera:

**“La importancia del pliego de condiciones en la licitación pública**

17. Para garantizar la transparencia y la selección objetiva, la ley de contratación exige la existencia de unas bases que deben regir la licitación pública, razón por la cual ordena la elaboración de los pliegos de condiciones en donde se indicarán los requisitos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación, y se precisarán las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, entre otros aspectos (artículo 24 numeral 5 en armonía con los artículos 25 numeral 3 y ss.; 26 numerales 1 y 3, 29 y 30 numeral 2, entre otros, de la Ley 80 de 1993).

18. El pliego de condiciones es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas predispuestas y con efectos obligatorios, elaboradas unilateralmente por la administración para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido a los interesados en participar en el mismo con la aspiración legítima de que les sea adjudicado para colaborar en la realización del fin general perseguido, todo lo cual, como se indicó, ha de hacerse con plenas garantías para los oferentes, con sujeción a los principios de libertad de concurrencia, igualdad, buena fe, transparencia, economía, responsabilidad, planeación, selección objetiva, moralidad, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción, entre otros y las reglas jurídicas de la contratación pública, de conformidad con la Constitución Política y la ley.

(...)

20. En síntesis, el pliego de condiciones es un acto administrativo general que recoge las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras exigidas a los aspirantes a contratar, los criterios de



selección del contratista y los derechos y obligaciones de las partes del contrato, que deberán ser acatadas durante el proceso de formación de la voluntad contractual y en la ejecución del futuro negocio jurídico estatal. De ahí que, el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de la licitación pública y del contrato a celebrar con ocasión a él, toda vez que contiene la voluntad unilateral de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido, carácter vinculante y obligatorio del mismo que implica, por regla general, que una vez cerrada la licitación sean inalterables o inmodificables, con el fin de garantizar la libre concurrencia y la igualdad de los oferentes.”

### **El carácter vinculante del pliego de condiciones y las consecuencias de su desconocimiento**

21. En el proceso de licitación pública la evaluación, estudio, calificación, rechazo o descalificación de las ofertas no es una decisión discrecional de la administración, toda vez que está sujeta a lo consagrado en el pliego de condiciones y la ley. En efecto, la administración, so pena de que se incurra en un vicio de nulidad en el acto de la adjudicación o de declaratoria de desierta del mismo y por ende, en responsabilidad, está obligada a respetar la totalidad de los principios que lo rigen y los criterios de selección establecidos en el pliego de condiciones, los cuales debe analizar y evaluar con el fin de determinar y elegir en forma motivada el ofrecimiento más favorable, según lo previsto en el artículo 29 -original- de la Ley 80 de 1993. Esto significa que a la administración en el procedimiento de licitación pública regulado por la ley, no le es jurídicamente permitido separarse de los criterios o factores de escogencia consagrados en el pliego de condiciones, ni desconocer su contenido ni la forma de ponderarlos y por lo mismo, se encuentra obligada a elegir aquella oferta que se ajusta a todos y cada uno de los puntos exigidos y a adjudicar al proponente que supera a los demás.

22. En consecuencia, se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración (art. 90 C.P.) cuando no se adjudica al oferente que, teniendo en cuenta los factores de escogencia y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos contenida en los pliegos de condiciones presenta la oferta que resulta ser la más ventajosa para la entidad, para en cambio adjudicarle a otro que no lo merecía o abstenerse de hacerlo sin mediar un hecho que impida la selección objetiva, razón por la que habrá de reparar a aquél el correspondiente daño antijurídico ocasionado como consecuencia de la adjudicación irregular de la licitación o la abstención ilegal de hacer la misma y la privación injusta del derecho de ser contratista del Estado.”<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Dr Danilo Rojas Betancourth, Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil

Con base a lo anterior, no hay duda que el Pliego de Condiciones dentro del proceso de licitación pública, fija las reglas y las condiciones para la escogencia del contratista y establece las obligaciones de las partes con carácter vinculante, que deberán ser acatadas durante el proceso de formación de la voluntad contractual y en la ejecución del futuro negocio jurídico estatal, que en estricto sentido se constituye en verdadera ley para las partes.

No obstante lo dicho, cuando el pliego de condiciones no se ajusta a las normas y principios legales, ante la inexistencia de aplicación del principio de excepción de ilegalidad, por tratarse de un acto administrativo, el mismo es susceptible de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través de los medios de control de legalidad contenido en la Ley 1437 de 2011, si no se ha suscrito el contrato, porque si esto ha ocurrido, el medio de control correspondiente es el contractual.

Aunado a lo dicho, no se debe olvidar, que en la interpretación de las cláusulas contenidas en los pliegos de condiciones, debe efectuarse conforme a lo preceptuado por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

**"Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales.** En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos."

Sobre el tema en particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado, lo siguiente:

"El pliego de condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata. Es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva. La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so





pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico v. gr. contravención de norma de orden público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal.”<sup>4</sup>

Con relación al rechazo de las propuestas o exclusión de las ofertas, el Consejo de Estado, se ha expresado de esta manera:

“Al avanzar en el análisis relacionado con los límites que deben respetarse en la configuración de los pliegos de condiciones que han de regir en cada procedimiento administrativo de selección contractual, hay lugar a precisar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultades para establecer, consagrar o crear prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos de selección o causales de exclusión o de rechazo de las ofertas respectivas que tampoco correspondan a previsiones previamente consagradas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones. (Se subraya).

De ahí que las entidades estatales contratantes deban ser extremadamente cuidadosas y transparentes al exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales cuya inobservancia, a la vez, determina que tales entidades no pueden seleccionar entonces las ofertas que se encuentren en circunstancias de incumplimiento de requisitos esenciales o indispensables establecidos en el correspondiente pliego de condiciones –lo cual incluye aquellos que hoy la propia ley denomina “requisitos habilitantes” –, por lo cual no será válido que tras la apariencia de tales exigencias en realidad se disfracen u oculten inhabilidades o incompatibilidades distintas a las previstas en la Constitución o en la ley para impedir la participación de ciertos interesados en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual .

(...)

El rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión,

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14

aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.”<sup>5</sup>

Conforme a lo visto, el Consejo de Estado, fijó las reglas de rechazo o exclusión de una oferta, las cuales no están contempladas en el estatuto contractual, de tal manera que por tratarse de una línea jurisprudencial sobre la materia, deberá ser observada por todas las entidades públicas. De tal suerte, que el pliego de condiciones no puede establecer causales de rechazo que estén en contraposición de los principios y reglas contenidos en la ley o estatuto, superior al pliego de condiciones, ello se corresponde con los principios de legalidad, razonabilidad, justicia, proporcionalidad, seguridad jurídica, igualdad, economía, eficacia, transparencia, selección objetiva, entre otros, también en garantía de los derechos de los concursantes a participar en igualdad de condiciones en los procesos de selección, a que su oferta pueda ser comparada con otras, los fines del proceso de selección objetiva del contratista, adjudicar el contrato y evitar la declaratoria de desierta de la licitación.

### **ADJUDICACIÓN Y REVOCATORIA DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN**

En el proceso de licitación pública, por mandato legal, la adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio.

Con relación a la Adjudicación, Juan Carlos Expósito Vélez, en su obra “Forma y contenido del contrato Estatal”, manifiesta:

“implica que “surge entre adjudicante una situación contentiva de derechos y obligaciones, y que “el contrato” no viene a ser sino una forma instrumental o el acto formal”<sup>6</sup>, con lo cual” es indiscutible, como

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. No 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059).

<sup>6</sup> “Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de derechos y obligaciones, y de la que “el contrato” no viene a ser si no una forma instrumental o el acto formal, La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice que ella desde ese momento hace ejecutoria”: Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de enero de 1975



reiteradamente lo ha dicho la Corporación, que en las licitaciones públicas o privadas el acto dominante, por excelencia, es el de la adjudicación, adquiriendo el carácter de consecuencial el otorgamiento del documento contractual”<sup>7</sup>

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta el sentido de la normatividad contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ante la inminencia de la solemnidad del contrato estatal, reiteramos que en nuestro concepto la adjudicación genera el deber imperativo de proceder a la suscripción del contrato para la administración como para el contratista, como se desprende del artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 cuando expresa que “el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”. Se trata de una obligación de hacer recíproca, esto es, oponible tanto a la Administración como al adjudicatario.

(...)

“Consideramos que el instituto de la adjudicación, como está previsto en la Ley colombiana, se trata de una exigencia legal que se compadece con la lógica de la seguridad jurídica que debe existir de manera especial en el campo de la contratación estatal, pues la aplicación de deber de selección objetiva establecido en la ley conlleva la obligación de respetar el derecho del adjudicatario del procedimiento de selección de ejecutar la prestación ofrecida a partir de la suscripción del correspondiente acuerdo de voluntades con la Administración, y con ello eliminar cualquier posibilidad de consideraciones subjetivas que son ajenas a la contratación pública, por lo menos en cuanto a la escogencia del futuro contratista del Estado.”<sup>8</sup>

De conformidad con lo señalado por el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, por regla general, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado.

El acto administrativo de adjudicación es irrevocable, la excepción a esta regla es cuando se presenta una inhabilidad, una incompatibilidad sobreviniente dentro del término para la suscripción del contrato o cuando se comprueba que el acto de adjudicación se obtuvo por medios ilegales.

En este punto, es necesario recordar que la revocatoria directa es un mecanismo jurídico que busca suprimir del mundo jurídico un acto administrativo de carácter particular y concreto que resulta contrario al interés

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de julio de 1990, exp. 5.556.

<sup>8</sup> Expósito Velez, Juan Carlos. “Forma y contenido del contrato estatal”. Bogotá, Universidad

general y al orden jurídico, de manera expresa, busca, en esencia, proteger el ordenamiento jurídico superior.

Con relación a las causales de revocatoria del acto administrativo de adjudicación de que trata la Ley 1150, hay claridad sobre la inhabilidad e incompatibilidad sobrevinientes, sin embargo, la causal referida a la obtención de la adjudicación por "medios ilegales", no hay en la ley una definición siquiera aproximada. Han sido muchos los esfuerzos de la jurisprudencia para definir los "medios ilegales", algunos doctrinantes sostienen que son indefinibles, pero este Despacho entiende que puede ser definible; y una definición aproximada, recurriendo al sentido común, sería: los "medios ilegales" son todos los instrumentos o formas con el propósito de obtener un resultado, no ajustados a la ley.

Cualquiera que sea el instrumento o forma que no esté conforme a las disposiciones legales, constituye un medio ilegal, ahora bien, se genera confusión con los "actos ilícitos", que pueden tener otro significado, pero, en sentido estricto, conlleva el mismo efecto o consecuencia legal, es decir, la revocatoria del acto administrativo.

La Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad de los Artículos 1509, 1510 y 1511 del Código Civil, en la parte considerativa, expresó:

"En esta forma, el ordenamiento jurídico, en forma general, otorga validez a los actos de las autoridades o de los particulares que se ciñen en su formación a las disposiciones del mismo, o sea, otorga validez a los actos lícitos, y la niega a los que se apartan de ellas, es decir, a los actos ilícitos. Sobre este tema, específicamente respecto de la reacción propia del ordenamiento frente a los actos ilícitos, anota Hans Kelsen:

"La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por lo tanto, - como lo supone la jurisprudencia tradicional-, en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito, está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia. No se trata de ninguna propiedad inmanente, y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina, es decir, de ninguna relación con un mundo trascendente al derecho positivo, la que hace de determinada conducta humana un acto ilícito o delito; sino exclusiva y -únicamente-, el que sea convertida, por el orden jurídico positivo, en condición de un acto coactivo, es decir, en condición de una sanción".<sup>9</sup>

Una manifestación de dicha reacción del ordenamiento jurídico frente a los actos contrarios al mismo son las nulidades en el campo del Derecho Privado, las cuales, conforme al criterio predominante en los ordenamientos estatales deben ser declaradas por la jurisdicción y

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Trad. de Roberto J. Vernengo. 10ª Ed. México, Editorial Porrúa, 1998, P. 126.





producen efectos retroactivos, es decir, restablecen la situación anterior al acto invalidado, como si éste no hubiera existido. Dicha contrariedad proviene de la infracción por los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada: i) de normas de carácter imperativo, que tienen interés general, o ii) del orden público, que conforme a la doctrina actual tiene un componente tradicional de carácter político y moral, que busca hacer respetar la organización del Estado, la familia y la moralidad pública, y un componente moderno o reciente de carácter económico y social.

Sobre este tipo de reacción el Código Civil colombiano (Art. 6º) prevé lo siguiente:

“La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.<sup>10</sup>

Según lo visto, en el sector público los medios ilícitos y los actos ilícitos, son causales de revocatoria directa de los actos administrativos, en el sector privado constituyen causales de nulidad de los negocios jurídicos, tratándose de actos administrativos, estos deben ser revocados por las entidades públicas, de oficio o a solicitud del interesado, en algunos casos son objeto de control de legalidad por la jurisdicción de lo contencioso, en el sector privado, le corresponde a la parte interesada acudir a la jurisdicción ordinaria.

El Consejo de Estado, hizo referencia a “medios ilegales” de la siguiente manera:

“Es evidente entonces que la Dirección General del Trabajo asimila a “medios ilegales” los errores de interpretación de la ley en que, en su sentir, incurrió el funcionario que profirió el acto, apreciación equivocada, pues en la expresión “medios ilegales” del artículo 73 del C.C.A. aparece implícita la noción de actuaciones o maniobras ilegítimas que vicien la voluntad administrativa, como podrían ser la **fraudulenta inducción en error**, la fuerza o el dolo.”<sup>11</sup> (Subraya y resalta este Despacho).

A juicio de esta Regional, la Ley 1150 de 2007, en el artículo 9, introdujo la figura de la revocatoria de los actos administrativos, como solución directa cuando se presentan dichas causales, sin tener que remitirse para el efecto al

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-993 del 29 de noviembre de 2006, M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintidós (22) de

Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo vigente, (Ley 1437 de 2011, artículo 93 y 97), de tal manera que las causales señaladas en aquella Ley tienen el carácter de especial y no se requiere del consentimiento del interesado, por cuanto que la revocatoria opera como un deber para la entidad y una sanción para el oferente a quien le sobreviene una causal de inhabilidad o incompatibilidad u obtiene la adjudicación por medios ilegales.

Conforme al artículo 93 y 97 de la Ley 1437 de 2011, son causales de revocatoria de los actos administrativos:

**ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN.** Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

**ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO.** Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

**PARÁGRAFO.** En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.

Por otra parte, de la lectura del inciso 3 del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, se deducen las siguientes reglas:

Regla general: El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

Regla excepcional: El acto administrativo de adjudicación es revocable, en estos eventos:



1. Cuando se presente una causal de inhabilidad o incompatibilidad dentro de la adjudicación y la suscripción del contrato.
2. Cuando se demuestre que el acto de adjudicación se obtuvo por medios ilegales.

Las anteriores reglas imponen rigurosamente a la entidad, el deber de establecer la revocatoria cuando se presente una causal de inhabilidad o incompatibilidad y en aquellos eventos en que exista prueba inequívoca del acto ilegal. De esta manera es posible desvirtuar la presunción de buena fe entregada al participante de un proceso de selección de contratista y releva a la entidad pública de la obligación que supone el acto de adjudicación.

La doctrina también se ha ocupado de efectuar un análisis sobre el tema de la revocatoria del acto administrativo de adjudicación:

“La nueva ley en el artículo 9º, tercer inciso, señala:

“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.”

Lo anterior significa que el acto de adjudicación pasa a ser un acto excepcionalmente revocable en presencia de la inhabilidad sobreviniente y que en lugar de procederse a la celebración del contrato viciado de nulidad, la irregularidad se corrija con la revocación. Es importante señalar que la norma aprovechó para hacer revocable la adjudicación, en los eventos en que esta se haya producido por medios ilegales, los cuales hacen referencia a que el acto sea obtenido bien sea utilización de la fuerza o en forma fraudulenta, lo que excluye la simple ilegalidad del acto de adjudicación, caso en el cual el acto no puede ser revocado sino que debe procederse a la impugnación de dicho acto separable de adjudicación, mediante la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho o como fundamento de la nulidad absoluta del contrato mediante el ejercicio de la acción contractual (artículo 44 de la Ley 80 de 1993).

Desde el punto de vista práctico, esta innovación que mira hacia la transparencia de la misma y por lo demás es bienvenido en la situación actual del Estado Colombiano.

Es también una disposición novedosa el que se permita la revocatoria del acto de adjudicación obtenido por medios ilegales, expresión que

tiene un alcance preciso y que no puede confundirse con el acto ilegal o con vicios de ilegalidad.”<sup>12</sup>

En sentido similar se ha dicho lo siguiente:

“Tanto en la Ley 80 como en la nueva normatividad, “el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”, con la diferencia que esta última incorpora una novedad al señalar que si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, éste podrá ser revocado, caso, en el cual, la entidad podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad, en aplicación de lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80.

Por lo anterior, el acto de adjudicación pasa a ser un acto excepcionalmente revocable, en los eventos que se haya producido por medios ilegales, por ejemplo, con cohecho, colusión, fuerza, etc., **este término tiene un alcance preciso, por lo que excluye la simple ilegalidad.**”<sup>13</sup> (Las subrayas y negrita son de este Despacho)

La jurisprudencia al referirse al tema de la revocatoria directa de los actos administrativos, ha indicado que además de las causales de revocatoria del acto administrativo, también lo son el error, la fuerza y el dolo.

El Consejo de Estado marcó una línea jurisprudencial en la cual interpretó y definió el alcance contenido en el artículo 73 del C. C. A, (Decreto 01 de 1984), en el sentido que su primer inciso consagra la intangibilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto que hayan creado o modificado una situación jurídica o reconocido un derecho, y de igual manera, que sobre el inciso segundo de la misma, consagra una regla excepcional con dos posibilidades, i) cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69; y ii) si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Sobre el tema particular, el Consejo de Estado señaló:

“La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica por qué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

<sup>12</sup> Palacio Hincapié, Juan Ángel. “La transparencia en la contratación del Estado”, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2008, págs. 23 y 24.

<sup>13</sup> Fandiño Gallo, Jorge Eliécer, “Régimen jurídico del contrato estatal”, Editorial Leyer, 2008, pág. 156.





Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero, pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.

(...)

Y en este punto, debe ser enfática la Sala en señalar, que es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca, como quiera que debe darse una evidencia de ello. En esa medida, en la motivación del acto revocatorio la administración está obligada a dejar constancia expresa acerca de los elementos de juicio que la llevaron a tal conclusión, previo, se repite, la comunicación y citación del particular afectado, con el fin de que pueda defenderse de tal decisión, como lo prevé el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo. Resulta pertinente resaltar que además de la defensa en sede gubernativa, el administrado puede controvertir la decisión en sede contenciosa, si considera que la actuación de la administración lo ha lesionado en su derecho. (Destaca la Sala).

Se requiere pues para revocar el acto administrativo de carácter particular, sin autorización escrita del administrado, como ya lo ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación **"que se trate de una abrupta abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada...."**<sup>14</sup>. Entendida tal actuación ilícita, como se dijo en párrafos antecedentes, como un vicio en la formación de la voluntad de la administración, que bien puede ocurrir por error, fuerza o dolo."<sup>14</sup>

De la parte final del citado fallo del Consejo de Estado, se indica que la actuación ilícita ha de ser entendida como un vicio en la formación de la voluntad de la administración, que puede ocurrir por error, fuerza o dolo, estos son vicios del consentimiento, en esos eventos el acto administrativo podrá revocarse, siempre y cuando se haya probado debidamente una abrupta actuación ilícita o fraudulenta.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Bogotá, D.C. dieciséis (16) de julio de dos mil dos (2002). Radicación número: 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029).

El fallo que revisó el Consejo de Estado se trata del reconocimiento de una pensión de jubilación a funcionario municipal, cuando el acto que así lo reconoció. se fundamentó en una

Reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, se refirió al régimen jurídico de la revocatoria de los actos administrativos precontractuales y contractuales, de la siguiente forma:

**“3. Régimen jurídico de la revocatoria directa de los actos administrativos pre-contractuales y contractuales.**

La revocatoria directa es una potestad que el ordenamiento le atribuye a la administración para expulsar de él –es decir, por mano propia-, un acto administrativo suyo, para lo cual dicta otro de sentido contrario o simplemente expide uno que deja sin efectos el anterior.

No obstante, esta figura, cuyo régimen jurídico general está previsto en el C.C.A., no se reguló de manera especial en la Ley 80 de 1993 –salvo un par de referencias puntuales a ella -, de ahí que en el entorno de los operadores jurídicos de la contratación se ha discutido si aplica o no en este sector del derecho administrativo.

Unos consideran que no rige, por dos razones: i) porque la institución no se reguló en la ley de contratación –salvo dos aspectos puntuales-, y ii) porque la manera de terminar el procedimiento de selección de contratistas es mediante uno de dos actos: la adjudicación o la declaración de desierta, no hay otra opción; en cambio, otros advierten que se pueden revocar los actos administrativos, también por dos razones: i) porque lo poco que reguló la Ley 80 de 1993 sobre la revocatoria directa es suficiente para incluir allí toda la institución, y ii) porque –además de lo anterior-, la Ley 80 remite expresamente al procedimiento administrativo general del CCA., en lo no regulado en ella.

Conforme a la tesis negativa, sus defensores añaden que los actos administrativos dictados durante la etapa precontractual –incluido el acto de adjudicación- son irrevocables, así que se difundió la idea de que –en particular- el acto administrativo de apertura del proceso de selección es irrevocable, porque los procedimiento de selección de contratistas sólo pueden concluir con la adjudicación –terminación normal del procedimiento- o con la declaración de desierta del proceso –terminación anormal–.

Como apoyo de esta tesis se erige con gran imponentia el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 –derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007- que contempló categóricamente la regla de la irrevocabilidad del acto de adjudicación, al señalar:

“Artículo 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)

“11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de



no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

"El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario." (Negrillas fuera del texto original)

Con semejante claridad, es innegable que el acto administrativo de adjudicación de un contrato es irrevocable por la administración, sencillamente porque así lo estableció la disposición citada, que lo hizo con la finalidad de proteger la buena fe, la seguridad jurídica, los derechos que nacen de este acto administrativo, y también la transparencia en la contratación estatal.

Conforme a esta norma, en el sector de la contratación se creó un supuesto de irrevocabilidad absoluta de actos administrativos, que ni siquiera el Decreto 01 de 1984, contemplaba, y que de por sí ya era bastante limitada, porque los actos particulares favorables también eran irrevocables por naturaleza, salvo tres supuestos: que el titular diera su consentimiento expreso y escrito, que el acto se haya obtenido por medio ilegales, o que siendo producto del silencio administrativo positivo se encontrara en las condiciones del art. 69. En los últimos dos casos no se requería consentimiento del titular del derecho.

Esto significó, en su momento, es decir cuando se expidió la Ley 80, que tratándose de la adjudicación de un contrato estatal, el régimen general de revocatoria de actos, previsto en el CCA., no aplicaba, por existir esta norma especial, de sentido distinto. Representó tanto esta disposición que para muchos era extrema, porque protegía hasta la ilegalidad provocada por el titular. No obstante, ese fue el mandato, aunque se morigeró muy poco, admitiéndose que si el titular daba el consentimiento expreso entonces se podía revocar la decisión.

Posteriormente, la Ley 1437 de 2011 –CPACA-, limitó aún más la escasa posibilidad que admitía el anterior CCA, de manera que ahora cualquier acto administrativo particular favorable es revocable en un solo evento: si se obtiene el consentimiento expreso y escrito del titular; en cualquier otro supuesto a la administración le corresponde demandar su propio acto. Esto significa que se acogió y extendió la filosofía de la Ley 80 que rigió la adjudicación de los contratos estatales.

Pese a todo, el panorama normativo de la adjudicación de los contratos cambió con la Ley 1150 de 2007, porque si bien, reiteró la regla general según la cual el acto de adjudicación es irrevocable, y nuevamente guardó silencio sobre la posibilidad de revocar otros actos proferidos antes de la celebración del negocio jurídico, introdujo diferencias sustanciales, porque creó dos (2) excepciones a la regla general de la irrevocabilidad: i) el acto de adjudicación es revocable si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación y la suscripción del contrato sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad, y ii) si se demuestra que la adjudicación se obtuvo por medios ilegales. Dispuso el artículo 9:

“Artículo 9. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.” (Negritas fuera de texto)

Conforme a esta regla, que entró a regir el 17 de enero de 2008, el acto de adjudicación quedó menos protegido que antes, ya que si bien, nuevamente, se afirma que es irrevocable, a continuación se añade que lo será en las siguientes circunstancias –esta es la novedad-: i) si el adjudicatario da su consentimiento –evento que no menciona la norma, pero que admite el ordenamiento jurídico-; ii) si sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, o iii) si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales.

En conclusión, i) en vigencia de la Ley 80 de 1993, el acto de adjudicación era, sencillamente, irrevocable; ii) pero en vigencia de la Ley 1150, esta idea cambió, porque es teóricamente irrevocable, pero en la práctica revocable casi en los mismos casos en que lo regulaba el CCA. para cualquier otro acto administrativo particular favorable –pero por aplicación de las causales de la Ley 1150-; y iii) con la Ley 1437 de 2011, cualquier acto administrativo particular favorable es irrevocable –salvo consentimiento del titular-, pero el de adjudicación quedó sujeto a la norma especial que lo regula –la Ley 1150-, de manera que tiene más





supuestos de revocabilidad que los del común de los actos administrativos favorables.”<sup>15</sup>

Lo expresado por el Consejo de Estado, en la anterior providencia, permite concluir que tratándose de actos administrativos de adjudicación, podrán revocarse de manera directa por las entidades, sujetándose de manera inexorable a la norma especial que lo regula en la Ley 1150 de 2007.

Es preciso señalar, en los eventos en que se revoque un acto administrativo por medios ilegales, y estos constituyan hechos punibles, como fraude o falsedad en documentos, es deber de todos los servidores públicos informarlo a las autoridades competentes, para que ejerciten la acción correspondiente.<sup>16</sup>

### **SOBRE EL “ERROR”**

*Errare humanum est*, es una expresión latina para significar que equivocarse es inherente a la naturaleza del ser humano.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define el error de la siguiente manera:

**Error** (Del lat. error, -ōris).

1. m. Concepto equivocado o juicio falso.
2. m. Acción desacertada o equivocada.
3. m. Cosa hecha erradamente.
4. m. Der. Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto.
5. m. Fis. y Mat. Diferencia entre el valor medido o calculado y el real.

### **Equivocación.**

(Del lat. aequivocatio, -ōnis).

1. f. Acción y efecto de equivocar.
2. f. Cosa hecha con desacierto.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., 26 de marzo de 2014. Radicación: 05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750).

<sup>16</sup> Ley 906 de 2004, Artículo 67. Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

Ley 734 de 2002, Artículo 34, num. 24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas

**equivocar.** (De equívoco).

1. tr. Tener o tomar algo por otra cosa, juzgando u obrando desacertadamente.  
U. m. c. prnl.

2. prnl. Dicho de dos o más cosas: Semejarse mucho y parecer una misma.  
Ese muro se equivoca con la fachada.

Existen muchas clases y tipos de errores, por ejemplo:

Error flagrante = error tan evidente que no necesita pruebas

Error craso= error grave que no tiene disculpa

Error leve = error de inferior grado que el grave

Error formal = Son aquellos errores más orientados al sentido y al contenido del texto en desarrollo, errores en escritos como aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. Otro error de forma son las faltas gramaticales, los errores ortográficos.

Error de fondo = Son aquellos errores más orientados al sentido y al contenido del texto en desarrollo

Error esencial = es el error que versa sobre la persona con quien se celebra el acto (*error in personam*) o sobre la cualidad substancial de la cosa (*error in substantia*)

Error sustancial = Error sobre la sustancia o de la esencia de una cosa que en realidad no tiene. Se produce cuando, no habiendo error sobre la identidad de la cosa objeto del contrato, existe aquel sin embargo en alguna sustancia o calidad esencial que en realidad no tiene

Error garrafal = error que es muy grande o grave, enorme o monumental

Error de escritura = errata, equivocación material cometida en lo impreso o manuscrito.

Error de hecho = es el falso conocimiento que se tiene de las cosas

Error de derecho = es el falso conocimiento de la ley

Error simple = error simple o mero error

Error fatal = error inevitable, desgraciado, infeliz, malo

En Derecho, el error es un vicio del consentimiento que trae como efecto la nulidad del acto jurídico, otros vicios son la fuerza y el dolo, conforme a lo preceptuado por el artículo 1508 del Código Civil, en los artículos siguientes precisa:



"ARTICULO 1509. <ERROR SOBRE UN PUNTO DE DERECHO>. El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

ARTICULO 1510. <ERROR DE HECHO SOBRE LA ESPECIE DEL ACTO O EL OBJETO>. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

ARTICULO 1511. <ERROR DE HECHO SOBRE LA CALIDAD DEL OBJETO>. El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

ARTICULO 1513. <FUERZA>. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

ARTICULO 1514. <PERSONA QUE EJERCE LA FUERZA>. Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento.

ARTICULO 1515. <DOLO>. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

ARTICULO 1516. <PRESUNCION DE DOLO>. El dolo no se presume sino en los casos especialmente previsto por la ley. En los demás debe probarse.

Los artículos 1509, 1510 y 1511, del Código Civil, fueron objeto de revisión constitucional por la alta Corte, mediante Sentencia C-993 de 2006, en la cual definió el error como: "la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento."

La Corte Constitucional, en la citada providencia declaró la exequibilidad de las normas demandadas, en consideración a que el Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa dispuso que el error de derecho no constituye vicio del consentimiento en la celebración de los negocios jurídicos, de la misma manera estableció que dicho error sí tiene ese carácter, es decir, constituye vicio del consentimiento.

Para este Despacho, resulta importante citar apartes de las consideraciones de la Corte, efectuadas en la citada providencia porque precisa en qué consiste el error y la distinción entre el error de derecho y el error de hecho, como vicios del consentimiento:

"6. En virtud de la garantía de la autonomía de la voluntad privada y, también, de la garantía de la justicia en ese amplio campo de la actividad de las personas, el ordenamiento positivo exige que la manifestación de voluntad sea consciente y libre, esto es, que no esté afectada por irregularidades que genéricamente son denominadas en la ley y en la doctrina vicios del consentimiento, los cuales son error, fuerza y dolo (Art. 1508 del Código Civil).

La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma.

El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él.

El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento.

Estos vicios de la voluntad están sancionados en el ordenamiento civil colombiano con la nulidad relativa, que sólo puede ser declarada por el juez a pedimento de la parte en cuyo beneficio ha sido establecida (Arts. 1741 y 1743 Código Civil).

7. Para los efectos de este examen interesa en particular la distinción entre el error de derecho, que se refiere a la existencia, naturaleza o





extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico<sup>17</sup>, y el error de hecho, que concierne a modificaciones del mundo exterior.

Desde el punto de vista psicológico, ambos tipos de error configuran un vicio de la voluntad. No obstante, en el campo jurídico su regulación no es uniforme, en cuanto en los ordenamientos de algunos Estados se les concede por igual el carácter de vicios del consentimiento y, en cambio, en los ordenamientos de otros Estados, como es el caso del colombiano, sólo se otorga dicho carácter al error de hecho, con exclusión del error de derecho. Esta distinción es la que motiva precisamente la demanda que se analiza, en cuanto el actor considera que con ella se vulneran los principios de autonomía de la voluntad privada y de igualdad.”<sup>18</sup>

El Profesor Luis Alfonso Rico Puerta, en su libro: “Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal”, págs. 296 y s. s., sobre el error como vicio del consentimiento, enseña:

## **“7.2. SEGUNDO REQUISITO PARA LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO. EL CONSENTIMIENTO EXENTO DE VICIOS**

### **7.2.1. Definición**

Debe entenderse, como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Se integra por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación.

### **7.2.2. Vicios del consentimiento**

Para que sea apto para la validez del convenio, debe estar exento de los llamados vicios del consentimiento que son:

- a) El error,
- b) La fuerza; o,
- c) El dolo.

#### **7.2.2.1. El error**

Puede recaer sobre la persona, sobre el objeto o sobre el título.

#### **7.22 1. 1. El error en cuanto a la persona: puede recaer a su vez**

En el nombre; o,  
En la identidad física de ella.

<sup>17</sup> Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. Les Obligations. T. I. 6<sup>e</sup> Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-993 del 29 de noviembre de 2006. M. P. Dr. Jaime Araújo

El error en el mero nombre, es absolutamente intrascendente desde el punto de vista jurídico.

El error en la identidad física de la persona no vicia el consentimiento (art. 1512 CC), a no ser que se trate de contratos celebrados en consideración a las cualidades especialísimas de la persona misma (contratos intuitu personae) o de actos traslaticios, como ocurre con la tradición, pues ésta es una prestación de dar -que debe cumplirse, indefectiblemente en favor única y exclusivamente de la misma persona que adquirió la calidad de acreedora por el perfeccionamiento del título de vocación traslativa que debió preceder a la tradición (art. 746 CC).

(...)

#### **7.2.2 1.2. Error en la cosa**

Lo hay cuando se yerra respecto de:

- a. La identidad de la especie que debe entregarse (Art. 1510);
- b. Sobre la sustancia o calidad objetiva de la cosa, o, sobre la función esencial de la misma (Art. 1511 CC), términos que algunos han diferenciado.
- c. Sobre las cualidades accidentales del objeto (Art. 1511)75.

En los eventos de los literales a) y b), el Código Civil admite la sanción de la anulación del acto negocial.

En el caso del literal c), el error no vicia el consentimiento en materia negocial.

Tales distinciones son perfectamente aplicables en materia contractual estatal, régimen en el cual es necesario determinar con absoluta nitidez en los términos de referencia, la identidad de la especie que debe entregarse, a fin de precisar cuál o cuáles bienes o servicios son los requeridos por la entidad estatal, pues de ocurrir un yerro al respecto, podría configurarse una causal de anulabilidad del negocio tanto privado como estatal.

#### **7.22 1.3. Error en el título**

Celebrado un contrato, deben surgir de él las consecuencias obvias: Obligaciones.

Cometido un delito se genera el deber (obligación) de someter al autor a la pena, ya exigirle al mismo tiempo la indemnización de los perjuicios derivados de él.

En ambos ejemplos, contrato y delito son fuentes obligacionales.



Lo mismo puede afirmarse del cuasicontrato (agencia oficiosa, pago de lo no debido) y del cuasidelito (responsabilidad civil extracontractual), pues realizado el cuasicontrato o el cuasidelito, surgen inmediatamente consecuencias jurídicas, esto es, obligaciones. Cabe señalar idéntica cosa de la disposición legal en tanto es realizada. Así por ejemplo, el nral. 2° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 responsabiliza a los servidores públicos por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, y los obliga a indemnizar los daños que causen por razón de ellas.

(...)

#### **7.2.2.1.3.4. Eventos de error en el título**

Se deduce entonces que sin título jurídico no puede existir obligación: de allí la trascendencia del error en que pueda incurrirse, pudiéndose presentar dos situaciones:

- a) Que si bien existe un título que tiene vocación traslativa, o sea la virtud de generar prestaciones de dar, como la permuta, la venta, la donación, hay error en cuanto a su naturaleza, como ocurre por ejemplo cuando la Administración entiende que se trata de compraventa y el contratista que se trata de una permuta. O bien,
- b) La segunda situación, cuando la administración estima que hay un título de vocación traslativa (compraventa, permuta, donación) y el contratista entiende que el título es de mera tenencia como el contrato de arrendamiento. En ambos casos el error en cuanto al título constituye vicio del consentimiento que puede generar la anulabilidad relativa del acto, tanto en materia civil como estatal.”<sup>19</sup>

En la audiencia pública frente a la información que generó la revocatoria del acto de adjudicación, suministrada por el CONSORCIO COPARCO en el formulario No 1, el doctor Mauricio Valencia la calificó como “Inconsistencias”, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, lo define de la siguiente manera:

#### **Inconsistencia:**

- 1. f. Falta de consistencia.

#### **Consistencia:**

(De consistente).

- 1. f. Duración, estabilidad, solidez.
- 2. f. Trabazón, coherencia entre las partículas de una masa o los elementos de un conjunto.

<sup>19</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso, Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Sexta

Con la anterior definición, se puede concluir que la inconsistencia es la falta de coherencia entre partículas.

Por lo anterior, se advierte que una inconsistencia no es un error.

### Capacidad de Contratación Residual <Kr>

Antes de señalar cuál es su definición, es importante diferenciar los conceptos de la capacidad financiera, de la capacidad residual, para mayor ilustración.

El Consejo de Estado, afirmó que los conceptos entre sí son diferentes, de la siguiente manera:

No está por demás precisar que, los conceptos de capacidad de contratación (k de contratación) y Capacidad residual de contratación (k residual), se diferencian entre sí, conceptuándolos de la siguiente manera:

La capacidad de contratación se dirige a garantizar que quienes vayan a contratar con la administración cuenten con la suficiente capacidad financiera para ejecutar el futuro contrato y surge de la evaluación y calificación que hacen las entidades encargadas de llevar el registro de proponentes, de factores atinentes a la capacidad financiera, técnica, administrativa de una persona, de su experiencia, entre otros factores.

La capacidad residual de contratación, como ya se dijo, resulta de la diferencia o resta entre dos conceptos: el potencial de contratación que se tiene (capacidad de contratación) y los compromisos contractuales en ejecución para la fecha de presentación de la oferta.<sup>20</sup>

La capacidad residual, teniendo como fundamento el parágrafo 1º, del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, se puede definir en términos prácticos, como **un requisito de participación en los procesos de selección de los contratos de obra**, para las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, el cual deberá ser igual o superior al que la entidad pública establezca para el efecto en los pliegos de condiciones.

La Capacidad Residual busca garantizar que el contratista cuente con el mínimo de recursos propios necesarios para ejecutar exitosa y oportunamente la obra objeto del Proceso de Contratación.

El Decreto 019 de 2012, indicó que para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

<sup>20</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Auto del 7 de febrero de 2007, Rad. No 66001-23-31-000-2004-00668-01(30138).





Por su parte, el Decreto 734 de 2012, en el numeral 1 del artículo 6.1.1.2, definió que la capacidad residual para la contratación de cualquier obra: "es el indicador que resulta de restarle al indicador financiero de capital de trabajo, la sumatoria de todos los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista en la actividad de construcción al momento de participar en un determinado proceso de selección, con el fin de señalar su nivel de saturación y que se acreditará ante la entidad de acuerdo a los parámetros señalados en el decreto y en los respectivos pliegos de condiciones.

Igualmente señaló que la capacidad residual (CR) tiene como objetivo evaluar el equilibrio patrimonial a corto plazo de un oferente a una contratación de una obra específica.

De otra parte, el Decreto 1397 de 2012, que modificó el numeral 1 del artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012, en su parte considerativa señaló que el propósito de la capacidad residual para los contratos de obra es evaluar la capacidad del proponente para cumplir con sus obligaciones durante el término del contrato para el cual presenta la propuesta, también en la parte final indicó que: "el propósito de la capacidad residual es evaluar la habilidad del proponente para cumplir con sus obligaciones durante el término del contrato para el cual presenta la propuesta, especialmente los compromisos financieros".

El citado Decreto regulaba el tema de la capacidad residual, facultó a las entidades para que lo establecieran en el pliego de condiciones, con observancia a las siguientes reglas:

"Para calcular los saldos de los contratos a que hace referencia el inciso anterior cuando el contratista sea una sociedad de propósito especial, consorcio o unión temporal en los cuales el proponente participe, se tendrá en cuenta el porcentaje de participación del proponente en la respectiva sociedad de propósito especial, consorcio o unión temporal.

Si la propuesta debe presentarse en los tres primeros meses del año y el capital de trabajo del proponente acreditado y registrado en el RUP no es el correspondiente a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior se tendrá en cuenta el capital de trabajo acreditado y registrado en el RUP.

Si el proponente es un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se verificará la capacidad residual de cada uno de sus integrantes la cual será calculada con base en lo establecido en el presente artículo. Para determinar la capacidad residual del proponente plural, se tendrá en cuenta el porcentaje de participación de cada integrante en la respectiva sociedad de propósito especial, consorcio o unión temporal.

En los casos en los que el RUP no sea obligatorio, la entidad pública verificará la capacidad residual del proponente de acuerdo con las reglas previstas en el presente decreto, teniendo en cuenta los estados financieros que el proponente presente a la entidad pública."

El Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, entró en vigencia el 15 de agosto de 2013, derogó de manera expresa el Decreto 1397 de 2012, y en el artículo 3, "definiciones", expresó que: "Capacidad Residual o K de Contratación es la aptitud de un oferente para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de cumplir con el contrato que está en proceso de selección."

El citado decreto reglamentó en el artículo 18 la capacidad residual, estableció los requisitos y le impuso a las entidades estatales, el cálculo de la capacidad residual exigida para cada año de ejecución del contrato objeto del proceso de contratación, de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente.

Para el efecto, se debe tener en cuenta la utilidad operacional antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización, las inversiones en activos fijos y las inversiones en capital de trabajo neto operativo. Así mismo, la entidad estatal debe considerar los saldos de los contratos que deban ejecutarse durante el año de cálculo de la capacidad residual.

Además de lo anterior, la entidad estatal debe determinar en los pliegos de condiciones la capacidad residual para cada proceso de contratación de obra pública, teniendo en cuenta el tipo de obra, el valor y la vigencia del contrato y su cronograma de pagos, de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente.

También estableció que el manual que contenga la metodología de cálculo de la capacidad residual, debe contener también la forma cómo los proponentes deben acreditar la información a la que se refieren los numerales 1 y 2 de ese artículo y garantizar que es cierta, o alternatively utilizar los índices que corresponda para proyectar los ingresos y egresos derivados de los contratos de obra en ejecución.

Conforme a lo visto hasta aquí sobre el tema, debe resaltarse, que la capacidad residual, es un requisito de participación, no es un requisito habilitante, no se le asigna puntaje y tampoco es un factor de escogencia del contratista.

### **Reglas de Subsanabilidad**

Conforme al Decreto 734 de 2012, artículo 2.2.8, la subsanabilidad es una regla, la norma corresponde a la reglamentación contenida en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual señala que:

"Parágrafo 1. "La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección



en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”<sup>21</sup>

El Decreto 734 de 2012, estable las reglas de subsanabilidad de la siguiente manera:

**“Artículo 2.2.8. Reglas de subsanabilidad.** En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.”

El Decreto 734 de 2012, fue derogado por el Decreto 1510 de 2013, el cual entró en vigencia el 15 de agosto del mismo año y este nuevo reglamento no incluyó las reglas de subsanabilidad, de tal manera que como reglas de subsanabilidad, desde esa fecha quedaron las contenidas en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Sobre el régimen de las reglas de subsanabilidad en los procesos de selección de los contratistas, el Consejo de Estado, realizó un completo examen de las normas y dio a conocer el alcance y el contenido sobre el tema en particular, de la siguiente manera:

### **“3.1. La evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993**

<sup>21</sup> Esta norma recoge el contenido del inciso segundo del numeral 15 del artículo 25, de la Ley

**a) La evaluación de ofertas, y el régimen jurídico de la subsanabilidad de requisitos.**

Uno de los aspectos más sensibles de los procesos de selección de contratistas es la evaluación de las ofertas, y dentro de ella la calificación del cumplimiento de los requisitos que exigen los pliegos de condiciones, la ley y los reglamentos. No cabe duda de que a la entidad estatal que dirige el proceso administrativo es a quien le corresponde adoptar esa decisión, en primera instancia; la cual puede ser controvertida por los proponentes –a través de sus observaciones contra el informe de evaluación –, para que de nuevo la administración estudie el tema; y finalmente es eventual la posibilidad de que intervenga el juez para controlar los actos de la administración donde adopta esas decisiones, como sucede en el caso sub iudice, donde el demandante, que fue participante de un proceso de licitación, acudió a esta jurisdicción para buscar lo que considera es la corrección de las decisiones adoptadas.

Pero para comprender íntegramente el tema sometido a juicio de la Corporación, se analizarán dos aspectos básicos: i) el régimen jurídico de la evaluación de las ofertas en la ley de contratación estatal, y ii) en especial, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las mismas.

Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrieran, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplieran algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades–, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los





problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad -no la insulsa legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de principio del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

i) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:

"15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

"La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos."

Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos "no necesarios para la comparación de propuestas". La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es "necesario para la comparación de propuestas", si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla.

ii) Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que "aclare" y "explique" lo que necesite esclarecimiento.

"7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los

proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.”  
(Negrillas fuera de texto)

De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse– violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué “solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?

iii) El artículo 30, numeral 8, de la misma Ley 80, también se refirió al mismo tema, porque reguló parte de la etapa de evaluación de las ofertas en los procesos de licitación pública, y señaló que esa actividad se efectuará conforme a las siguientes reglas:

“8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.”

La etapa de “observaciones al informe de evaluación” corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica



grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía–, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido “era o no necesario para la comparación de las propuestas”.

No obstante, esa expresión es demasiado amplia, general, vaga e imprecisa – se trata de un típico concepto jurídico indeterminado–, de ahí que si bien la nueva constitución y la nueva legislación contractual avanzaron en la solución de los problemas del pasado, en todo caso aún se carecía de certeza y objetividad sobre el significado de esa expresión, de manera que en cada entidad estatal, y para cada proceso de contratación, se debió calificar qué repercusión tenía.

Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones –, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después– reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden “definitivo” y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que:

“Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:  
(...)”

“Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo

de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”  
(Negrillas fuera de texto)

El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”.

En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, los que “... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.

A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.

No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; al poco tiempo el Gobierno reglamentó la Ley 1150, y señaló, en el art. 10 del Decreto 066 de 2008, que en ejercicio de esta facultad -la de subsanar ofertas- no era posible “... permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”





Esta norma introdujo una gran contrariedad, y por ende provocó un gran debate de legalidad entre los operadores jurídicos de la contratación, porque mientras la Ley 1150 exigió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una oferta, con la condición de que el defecto no asignara puntaje; el reglamento introdujo una limitación a la subsanabilidad de algunos de esos defectos, relacionada con dos criterios nuevos: i) falta de capacidad y ii) ocurrencia de circunstancias después de presentadas las ofertas. Esto significó que a pesar de que los defectos o falencias observadas de una oferta no asignaban puntaje, no se podían corregir o cumplir -es decir, no eran subsanables-, si se trataba de alguna de las dos circunstancias prohibidas por el decreto -tres circunstancias contando la ausencia de póliza de seriedad-.

En este escenario, los administradores debieron estimar que hasta tanto el Consejo de Estado no anulara o suspendiera esa disposición -lo que, por cierto, no sucedió, porque la norma no se demandó-, las entidades públicas y los oferentes la debieron presumir legal, es decir ajustada a derecho, y por tanto la aplicaron obedientemente, porque en Colombia la excepción de ilegalidad no la pueden aplicar la administración ni los particulares; salvo el juez administrativo

Poco tiempo después, la misma norma la reprodujo el Decreto reglamentario 2474 de 2008 -que derogó al Decreto 066 de 2008-. Dispuso el art. 10, de manera idéntica, que las entidades estatales tampoco pueden: "... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso." La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente.

A su vez, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 734 de 2012, que sobre el mismo tema dispuso que la entidad tampoco podía: "... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta." La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente, pero ahora en el artículo 5.1.7.1. del Decreto 734.

Hasta este año los tres decretos -más el 4828 de 2008- conservaron el problema jurídico comentado: la contradicción parcial entre ellos y el art. 5 de la Ley 1150, puesto que tergiversaron buena parte de la regla que estableció la ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicación-; los reglamentos impidieron subsanar muchos requisitos que no asignaban puntos, porque se referían a la capacidad para contratar o porque se trataba de requisitos cumplidos después de presentadas las ofertas. Así se crearon dos sub-reglas -tres con la norma sobre la insubsanabilidad de la ausencia de póliza de seriedad-, autónomas, separadas de la ley, por tanto no ajustadas a ella.

Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace

satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054– expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir .

“A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.”<sup>22</sup>

Conforme a lo dicho por el Consejo de Estado, en los procesos de selección de contratistas la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no serán causal para el rechazo de las ofertas, son subsanables todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje y podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.

Por último ha de recalcarse en lo siguiente: “...la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse-

<sup>22</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Sentencia del 26 febrero (26) de dos mil catorce, Rad.:13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804).



violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley."

### **Buena fe exenta de culpa**

La buena fe exenta de culpa, es un principio general del derecho, común a todo el derecho de las naciones, este principio que consagra el deber de obrar correctamente, con fidelidad y conforme a la ley, el principio también refiere a que en el evento que se vulnere la ley sin la intención o el propósito de violarla, no se le hará responsable por ello y no será objeto del efecto o consecuencia que de ella se derive. El actuar de buena fe lo exime de la imposición de la sanción que le corresponda por la violación a la ley.

El artículo 83 de la Constitución Política, señala que: "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

El anterior mandato consagra una excepción a la regla general que impone la carga de la prueba de los hechos que sustentan un comportamiento conforme a buena fe objetiva, porque lo contrario a la buena fe, es el dolo y de antemano ha indicado el legislador en el artículo 1516 del Código Civil, que: "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previsto por la ley. **En los demás debe probarse.**"

Igualmente, señala el Código Civil en el artículo 1603, "EJECUCION DE BUENA FE". Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

El Código de Comercio, en su artículo 385 señala: "Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, **deberá probarlo**".

En el artículo 863 de la misma obra se señala: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período pre-contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

Retomando la disposición constitucional citada, la Corte Constitucional, de este mandato construyó el principio de "confianza legítima" y definió:

"El Principio de Confianza Legítima" se deriva del artículo 83 superior, al estatuir que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

"Tal norma constitucional ha sido desarrollada por esta corporación, indicando que las relaciones con la comunidad han de ceñirse a ese principio, lo que implica, de una parte, el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas v. de otra el derecho a esperar que los

demás obren de la misma forma. Ello se predica de todas las relaciones comunitarias y asume especial relevancia cuando participa la administración pública, en cualquiera de sus formas, dado el poder del que se encuentra investida. De tal manera, toda la actividad del Estado se ha de desarrollar dentro del respeto al acto propio y la confianza legítima. La Corte Constitucional ha indicado que es deber de la administración actuar en sus relaciones jurídicas con los particulares de manera consecuente con sus conductas precedentes, de manera que los administrados no se vean sorprendidos con conductas que resulten contrarias a sus expectativas legítimamente fundadas, basado como está el principio de confianza legítima en que las autoridades públicas no pueden alterar, en forma inopinada, las reglas que gobiernan las relaciones del Estado con los asociados.”<sup>23</sup>

Conforme a lo visto, el principio de “confianza legítima”, establece un deber recíproco entre las autoridades públicas y las personas, de un lado las entidades exigen de las personas lealtad y honestidad en las relaciones jurídicas, y del otro, las personas demandan de las autoridades que estas ejerzan sus funciones dentro de los parámetros de la constitución, la ley y el reglamento, consultando siempre el interés general para el cumplimiento de los fines que persigue el Estado.

### **El caso concreto**

En consideración a los argumentos defensivos manifestados por los sujetos procesales y por sus respectivas apoderadas, una vez recepcionadas las pruebas y los alegatos de conclusión previo al fallo de primera instancia, para esta Procuraduría Regional, teniendo en cuenta que la mayoría de los testimonios corresponden a servidores públicos dependientes de la Gobernación de Antioquia y que por esa relación especial, y los valores institucionales, entre ellos, el de la solidaridad, que se deriva del sentido de pertenencia hacia la institución, la lealtad, fidelidad, y relación de subordinación o compañerismo, conllevan a que los testimonios sean poco creíbles.

Esta entidad tendrá como pruebas las documentales, por tratarse la mayoría de actos administrativos, de los cuales se presume su legalidad, además porque demuestran objetivamente las circunstancias y hechos objeto de este proceso.

El Departamento de Antioquia, a través de la Secretaría de Infraestructura Física, celebró el proceso de licitación No LIC-20-21-2012, cuyo objeto a contratar consistió en la CONSTRUCCION DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TUNEL FERNANDO GOMEZ MARTINEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), por valor de \$ 91.448.353.122.

El proceso inició con el aviso de convocatoria que se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, la apertura del proceso se ordenó el 31 de enero de 2013 mediante Resolución No 002013.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 2011, Magistrado Ponente, Dr. Nelson Pinilla Pinilla.





En el pliego de condiciones en el capítulo 3, punto 3.16 se establecieron las causales de "RECHAZO Y ELIMINACIÓN DE PROPUESTAS", entre ellas se estableció la siguiente: "21) Cuando los datos suministrados por algún oferente no sean acordes con la realidad."

Igualmente en el Capítulo 2, punto 2.2.2 se reguló: "2.2.2 Inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP) y Capacidad de Contratación Residual.

En este punto se estableció: Además, deberán tener a la fecha de cierre de la licitación y una Capacidad Residual de Contratación como Constructor (Kr) igual a **5.294 smmlv**.

El Acto de cierre y apertura de las ofertas se realizó el 7 de marzo de 2013, en el cual se presentaron 22 propuestas. En la etapa de evaluación y adjudicación se rechazaron 11 propuestas por la causal de rechazo No 21 contenida en el pliego de condiciones, es decir: "21) Cuando los datos suministrados por algún oferente no sean acordes con la realidad."

Si en la etapa de evaluación de las ofertas, se hubiese permitido la corrección de los errores cometidos por los oferentes de buena fe, en el formulario No 01, con fundamento en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, y observando las reglas señaladas en el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2007, porque se trataba de información para determinar la capacidad residual del contratista, y este no es un requisito para compararse con las otras ofertas, ni ofrece puntaje, en los términos del parágrafo 1, del artículo 6 de la dicha ley, es un requisito de participación (Kr), se hubiese establecido si el proponente cumplía o no con la capacidad exigida en el pliego de condiciones, señalado en el punto 2.2.2, en el cual se exigió una Capacidad Residual de Contratación como Constructor "**(Kr) igual a 5.294 smmlv**", al determinarse que no cumplía con la capacidad exigida, sencillamente, no participaba y su rechazo sería legítimo, pero si reunía el requisito exigido, es decir, igualaba o superaba el monto, entonces se habilitaba y se le garantizaría al proponente su derecho de participación.

El hecho de no haber permitido la corrección o subsanabilidad llevó a la entidad a recurrir a la declaratoria de desierta de la licitación, para poder adjudicar el mismo objeto, por medio de un proceso de selección abreviada (SA-20-10-2013), por esta razón, este Despacho, considera que hubo un desgaste innecesario de la administración, en preparar las decisiones, contestar las observaciones, realizar las comunicaciones, subir la información al portal del SECOP, la asistencia a las audiencias, las múltiples reuniones, gasto de recursos, de tiempo, empleo de personal, técnico, profesional, especializado, gastos de movilidad, vehículos oficiales, combustible, además de los esfuerzos incluidos los de los proponentes, en la preparación de ofertas, asistencias a las audiencias, la visita de campo, recursos técnicos, de movilidad, personal humano, etc., además, se considera que también hubo vulneración a los principios de eficacia, economía y celeridad en el trámite del proceso de LIC-20-21-2012.

La Administración Departamental contaba con dos caminos, uno corto y uno largo, para superar los errores e inconsistencias presentados con la información

consignada en el formulario No 1, presentado por los oferentes en el proceso LIC-20-21-2012, el camino corto, consistía en aplicar las reglas de subsanabilidad, establecidas en el parágrafo 1, del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y conforme al Artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, vigente para la época, con apego a los principios de economía, eficacia, celeridad del Artículo 209 Superior, garantizando el derecho fundamental de igualdad.

Con relación a la causal de rechazo contenida en el punto 2.2.2 del pliego de condiciones, esta era una referencia a la causal de rechazo No 21 del mismo, la cual tenía por finalidad evitar el fraude y la falsedad, como sanción a los oferentes por no cumplir con el deber de lealtad y buena fe, tal causal obligaba a la entidad, no solamente a verificar la inconsistencia de la información y, consecuentemente, aplicar la causal de rechazo, sino que en virtud de los principios de economía, eficacia y celeridad, se debía ponderar la inconsistencia o error, con base en los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, justicia, equidad y porque no de favorabilidad, pues la finalidad de la licitación es la escogencia de la propuesta más favorable, para descartar la falsedad o la mala fe, se debía requerir al oferente, para que brindara la aclaración y con base en la información exacta proceder a establecer el cumplimiento del requisito y habilitar al oferente, solo se rechazaría en evento de no cumplirse con tal exigencia, pero este rechazo sería legítimo porque quien no cumple con el requisito de participación no puede participar en la licitación.

La interpretación de causales de rechazo debe realizarse con los principios constitucionales, legales de la contratación estatal y los de la función administrativa, los principios son criterios de interpretación conforme a lo enseñado por la ley 80 de 1993, en su artículo 28. La causal de rechazo señalada en el punto 2.2.2 del pliego, remite a la causal de rechazo No 21 del mismo, en caso de entrar en conflicto, una casual de rechazo con un principio, se debe preferir la aplicación del principio, en especial cuando estas cláusulas de rechazo son irrazonables, porque de aplicarse, se restringe la participación plural de oferentes, necesaria para garantizar los fines de la licitación.

La Administración escogió el camino más largo, no permitió la corrección de los errores de información, (de buena fe), contenidos en el formulario No 1 anexo de las ofertas, porque el pliego de condiciones no lo permitía y conforme a la causal de rechazo No 21, porque según la administración departamental, el pliego de condiciones es Ley para las partes, tiene efectos vinculantes y su incumplimiento acarrea sanciones, en consecuencia, rechazó ofertas en la evaluación, revocó el acto de adjudicación, basado en la causal del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, por considerar que “el acto de adjudicación se encuentra precedido por un error evaluativo en el que incurrió la administración por las contradicciones evidenciadas en la propuesta del CONSORCIO COPARCO, dicho error comporta un medio que en términos del Consejo de Estado se erige en uno de los elementos de ilegalidad de un acto administrativo y en consecuencia siendo este error un medio flagrante, se impone a la administración por corregir dicha ilegalidad, debiendo revocar el acto de adjudicación.”

En párrafos precedentes, se refirió al tema del “error”, se señaló cuál es su definición y los tipos de errores, analizando en particular, la información

[illegible]

**PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION**

|                                |                                   |        |       |            |                                   |        |       |         |       |
|--------------------------------|-----------------------------------|--------|-------|------------|-----------------------------------|--------|-------|---------|-------|
| Conasfalto S.A.                | 1.442.079.212                     | 2.446  | 2     | 1.223      | 1.442.079.212                     | 2.446  | 2     | 1.223   |       |
|                                | 8.928.518.700                     | 15.146 | 1     | 15.146     | 8.928.518.700                     | 15.146 | 1     | 15.146  |       |
|                                | 33.309.168.799                    | 56.504 | 20    | 2.825      | 33.309.168.799                    | 56.504 | 19    | 2.974   |       |
|                                | 27.148.161.203                    | 46.053 | 32    | 1.439      | 27.148.161.203                    | 46.053 | 32    | 1.439   |       |
|                                | 3.680.911.288                     | 6.244  | 3     | 2.081      | 3.680.911.288                     | 6.244  | 3     | 2.081   |       |
|                                | 11.121.134                        | 19     | 1     | 19         | 11.121.134                        | 19     | 1     | 19      |       |
|                                | 367.820.787                       | 624    | 1     | 624        | 367.820.787                       | 624    | 1     | 624     |       |
|                                | 436.472.999                       | 740    | 9     | 82         | 436.472.999                       | 740    | 9     | 82      |       |
|                                | 7.282.192                         | 12     | 1     | 12         | 7.282.192                         | 12     | 1     | 12      |       |
|                                |                                   |        |       | 23.452     |                                   |        |       | 23.601  |       |
|                                | Kr.                               |        |       | 17.918     |                                   |        |       | 17.769  | (149) |
| Arquitectura y Concreto S.A.S. | 2.313.320.416                     | 3.924  | 2     | 1.962      | 2.313.320.416                     | 3.924  | 2     | 1.962   |       |
|                                | 791.891.284                       | 1.343  | 1     | 1.343      | 791.891.284                       | 1.343  | 1     | 1.343   |       |
|                                | 489.945.577                       | 831    | 2     | 416        | 489.945.577                       | 831    | 2     | 416     |       |
|                                | 5.015.577.078                     | 8.508  | 1     | 8.508      | 5.015.577.078                     | 8.508  | 1     | 8.508   |       |
|                                | 11.535.794.348                    | 19.569 | 10    | 1.957      | 11.535.794.348                    | 19.569 | 10    | 1.957   |       |
|                                | 16.654.584.399                    | 28.252 | 22    | 1.284      | 24.981.876.600                    | 42.378 | 19    | 2.230   |       |
|                                | 232.262.782                       | 394    | 2     | 197        | 232.262.782                       | 394    | 2     | 197     |       |
|                                | 5.630.997.578                     | 9.552  | 15    | 637        | 5.630.997.578                     | 9.552  | 15    | 637     |       |
|                                | 5.302.713.818                     | 8.995  | 8     | 1.124      | 5.302.713.818                     | 8.995  | 8     | 1.124   |       |
|                                |                                   |        |       | 17.428     |                                   |        |       | 18.375  |       |
|                                | Kr.                               |        |       | 209.460    |                                   |        |       | 208.513 | (946) |
| Copcisa S.A.S.                 | -                                 | -      | 0     | -          | -                                 | -      | 0     | -       |       |
|                                |                                   |        |       |            |                                   |        |       |         |       |
|                                | Kr.                               |        | 9.645 |            |                                   |        | 9.645 | -       |       |
| CONSORCIO COPARCO              | Conasfalto S.A. 50%               |        |       | 8.959      | Conasfalto S.A. 50%               |        |       | 8.885   |       |
|                                | Arquitectura y Concreto S.A.S 25% |        |       | 52.365     | Arquitectura y Concreto S.A.S 25% |        |       | 52.128  |       |
|                                | Copcisa S.A.S. 25%                |        |       | 2.411      | Copcisa S.A.S. 25%                |        |       | 2.411   |       |
|                                | Kr. Total                         |        |       | 63.735     | Kr. Total                         |        |       | 63.424  | (311) |
| CUMPLE KR.                     |                                   |        |       | CUMPLE KR. |                                   |        |       |         |       |

Fuente: El despacho con datos de: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-85277>

Con base en la información inicial consignada en el formulario No 1, se estableció un **K r = 63.735 smmlv.**

Teniendo en cuenta la información certificada con el INVIAS (la real), se estableció una **K r= 63.424 smmlv.,**





La diferencia entre la primera capacidad residual con la segunda es de **311 smmlv**, pero en los dos casos, el CONSORCIO COPARCO, cumple con el requisito mínimo exigido en el pliego de condiciones, el cual supera 11,98 veces el K r mínimo exigido por la entidad en el pliego de condiciones.

Según lo visto, el CONSORCIO COPARCO, se encontraba en las condiciones de capacidad financiera para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato.

Ahora bien, analizando objetivamente, la diferencia de la información señalada, en el formulario No 1, a juicio de este Despacho, no es un error como vicio del consentimiento, como lo calificó el Departamento, que pueda constituir un medio ilegal, tampoco se advierte de los documentos y de la información la intención de engañar a la entidad, no se vislumbra intencionalidad de parte del CONSORCIO COPARCO, en ocultamiento o alteración de la información con el fin de cumplir con la exigencia mínimo de capacidad residual, para participar en la licitación.

Puede concluirse que el CONSORCIO COPARCO en el formulario No 1, incurrió en una equivocación, en un error de forma, más no en error malintencionado o de mala fe, que pueda constituir falsedad o fraude, por lo que se evidencia a priori, fue de buena fe, y como tal no era COPARCO, merecedor de la aplicación de la causal de rechazo No 21, señalada en pliego de condiciones, porque la finalidad de dicha causal es sancionar a los oferentes que no cumplan con el deber de lealtad, de buena fe, tal como señala el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80, que le impone a los contratistas, de manera general, obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales.

No es lo mismo decir que el CONSORCIO COPARCO, incurrió en error, que el acto de adjudicación se encuentra precedido por un error evaluativo en el que incurrió la administración por las contradicciones evidenciadas en la propuesta del CONSORCIO COPARCO, que dicho error comporta un medio que en términos del Consejo de Estado, se erige en uno de los elementos de ilegalidad de un acto administrativo y, en consecuencia, siendo este error un medio flagrante se impone a la administración por corregir dicha ilegalidad, debiendo revocar el acto de adjudicación, o que el oferente hizo incurrir en error a la administración que la obliguen a corregirlo, revocando el acto de adjudicación.

La revocatoria directa del acto de adjudicación de la licitación LIC-20-21-2012, no era procedente, porque el error presentado en el Formulario No 1, señalado no constituía un vicio de consentimiento, por lo tanto, no se configuraba la causal de revocatoria del acto de adjudicación, de que trata el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, "cuando el acto se obtiene por "medios ilegales", entendiéndose el error como vicio de consentimiento, el cual también se considera por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como un "medio ilegal", al igual que la fuerza y el dolo, por tal razón es que este Despacho en el auto de citación a audiencia indicó que se forzó la causal de revocatoria, referida a la obtención del acto de adjudicación por "medios ilegales".

Por regla general, el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a las partes, solamente cuando en el término para la suscripción del contrato, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o el acto de adjudicación se obtiene por medios ilegales, procede la revocatoria, estas causales deben estar debidamente comprobadas, en este caso, el error presentado no tenía la categoría de vicio del consentimiento y pudiera considerarse como un medio ilegal.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

“No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993”-

En este punto, se recoge los argumentos expresados sobre caso similar, referido por el doctor José Vicente Blanco R, en blogspot.com:

“Por tal motivo, la actitud asumida por esta entidad departamental fue injustificada desde el principio pero se agravó sensiblemente cuando procedieron a revocar unilateralmente una adjudicación en firme, argumentando que el acto de adjudicación había sido obtenido por medios ilegales, pues convirtió un error involuntario en un acto fraudulento tendiente a generar un error en la entidad, para obtener una adjudicación ilegal; vale la pena recordar cuales son los requisitos que según el Consejo de Estado deben reunirse para poder argumentar la existencia de “medios ilegales”.

“Se requiere que se den unas condiciones especialísimas para que la administración enmiende la situación aberrante y antijurídica que se presenta en su acto ilícito. Y en esta intelección de la norma es necesario hacer énfasis en el hecho de que la ocurrencia de medios ilegales debe ser debidamente probada. Es decir, se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración. Debe darse una evidencia de que el acto ilícito ha ocurrido por medios ostensiblemente fraudulentos y debidamente demostrada tal situación. Es por ello, que debe seguirse el procedimiento del artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, el que a su vez remite a la actuación del artículo 28 (comunicación a los interesados de la actuación administrativa y citación) con el fin de que el administrado haga uso del derecho de defensa y contradicción.

“Y en este punto, debe ser enfática la Sala en señalar, que es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca, como quiera que debe darse una evidencia de ello... Resulta pertinente resaltar que además de la defensa en sede gubernativa, el administrado puede controvertir la decisión en sede contenciosa, si considera que la



actuación de la administración lo ha lesionado en su derecho.” (subraya fuera de texto, Sentencia del 16 de julio de 2002. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P: Dr: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Exp: IJ 029. Actor: JOSÉ MIGUEL ACUÑA COGOLLO, citada en la sentencia del 17 de febrero de 2011 de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente No. 760012331000200302691 02)

No basta entonces con la presencia de cualquier error en una propuesta para justificar una revocatoria directa basada en la utilización de medios ilegales: se requiere que realmente se acredite que existió un medio ilegal (es decir, una actuación contraria a la ley), que además tenga el carácter de ostensiblemente fraudulenta. Insisto en que difícilmente puede demostrarse el ánimo de defraudar a la administración con la existencia de un error inocuo que en nada afectaba el cumplimiento del requisito de participación relacionado con la capacidad residual, pues se ha reiterado que a pesar del error existente, los diferentes proponentes cumplían con la capacidad residual mínima.”<sup>24</sup>

Ahora bien, con fundamento en lo preceptuado por el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en armonía con lo preceptuado por el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, era procedente la subsanabilidad conforme a las reglas establecidas por ellas, no obstante la causal de rechazo pluricitada, la cual no resulta aplicable para el presente caso, por no comportar el error una falsedad o fraude y porque pierde eficacia frente lo dispuesto por el literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entendiéndose las siguientes razones:

El principio de subsanabilidad o regla de subsanabilidad, señalada en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, preceptúa:

“Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”

Por otra parte el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, establece las reglas de subsanabilidad:

1. No podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos.
2. No podrá rechazarse una propuesta por la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente

3. No podrá rechazarse una propuesta por la falta de documentos que soporten el contenido de la oferta
4. Que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones
5. Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación.
6. será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.
7. En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, **así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.** (Negrita fuera de texto).

Aplicando las reglas anteriores, en el momento de evaluar las ofertas, la cual es posible hasta antes de la adjudicación, no se vulnera el derecho de igualdad, por el contrario, la misma regla alude al derecho a la igualdad, (en condiciones de igualdad para todos los proponentes), igualmente garantiza el derecho de participación plural de los oferentes, para seleccionar la propuesta más favorable y adjudicar el contrato.

Conforme a lo dicho por el Consejo de Estado, en los procesos de selección de contratistas la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no serán causal para el rechazo de las ofertas, son subsanables todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje y podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.

Ahora bien "la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley."<sup>25</sup>

No obstante haber decidido la revocatoria del acto de adjudicación, reevaluó las ofertas cuando el artículo 25 de la Ley 80, numeral 8, señala que: "El acto de

<sup>25</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Sentencia del 26 febrero (26) de dos mil catorce, Rad.:13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804).





adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto”, consecuentemente se declaró desierta la licitación, contraviniendo el mandato contenido en el artículo 24, num. 5, lit. a) Ley 80/93, causal de ineficacia de las estipulaciones del pliego: “Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación”, esta disposición no solo señala reglas para los pliegos, sino que impone el deber de evitar las declaraciones de desierta de la licitación.

El Consejo de Estado, expresó los efectos y consecuencias de la revocación del acto de adjudicación, de esta forma:

“Tal es el supuesto en que se abre una licitación, y después de presentadas y evaluadas las ofertas la administración la revoca, es decir, cuando existen interesados definidos, e incluso propuestas con ofrecimientos concretos. En tal evento es altamente probable que los afectados sufrirán perjuicios, representados, por ejemplo: en los mismos costos de estudios y pago de salarios al personal dedicado durante semanas a estudiar el proyecto; no obstante, tampoco se pueden asegurar, *a priori*, que esos perjuicios se causarán. Sin embargo, en este caso surge un problema adicional, en relación con el anterior supuesto: es posible que un proponente esté más determinado a exigir la adjudicación del contrato, porque, incluso, ya sabía que ocupaba el primer lugar en la evaluación de las propuestas.

iv) Finalmente, si el proceso de selección avanza hasta la adjudicación del contrato la revocatoria directa ya no es posible -salvo que concurren los supuestos del art. 9 de la Ley 1150 de 2007<sup>26</sup>-. En tal evento, si la administración revoca la adjudicación, por fuera de las posibilidades

<sup>26</sup> “Artículo 9. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

“Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

“No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

“Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar

legales, será responsable patrimonialmente de los perjuicios que causa al adjudicatario, entre ellos pagar la utilidad que deja de percibir.”<sup>27</sup>

Por todo lo dicho y analizado hasta aquí, este Despacho concluye que los hechos imputados, presuntamente como irregulares a los disciplinados, los cuales se encuentran probados en los documentos que obran en el proceso, como la fotocopia completa del proceso de licitación LIC-20-21-2012, constituyen falta disciplinaria y ameritan adelantar el reproche de responsabilidad, tal como sigue.

### CALIFICACION DE LA FALTA Y ANALISIS DE CULPABILIDAD

Conforme a los requisitos formales que debe contener el fallo, señalados en el artículo 170, del CDU, procede el Despacho a realizar la calificación correspondiente de la falta y sus elementos estructurantes, de la siguiente manera:

En el Auto de citación de audiencia del 19 de diciembre de 2013, la falta se calificó para todos los Investigados, como **GRAVÍSIMA**, cometida a título de **Dolo**, esta calificación para ese momento, tiene el carácter de provisional.

Como quiera que a todos los disciplinados se les citó como vulneradas las mismas disposiciones legales, de igual manera la ilicitud sustancial y la culpabilidad, la única diferencia está en la modalidad de participación, por razones de economía y metodológicas, para no ser repetitivos, se hará un análisis general y común para todos.

#### Falta Disciplinaria

El Legislador, en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, estableció el deber funcional, con la finalidad de garantizar la función pública y sus principios:

**“Artículo 22. Garantía de la función pública.** El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que **debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función**, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.” (Negrita fuera de texto)

De la misma manera, en la siguiente disposición, determinó la falta disciplinaria, así:

**“Artículo 23. La falta disciplinaria.** Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente,

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Rad. No 05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750).



la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.”

De la interpretación armónica, de los artículos 5, 13 y 23, *jusdem*, la falta disciplinaria, puede definirse como una conducta oficial típica, ilícita sustancialmente y cometida con culpabilidad, lo que permite advertir que la falta está integrada por tres elementos estructurantes, tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, de tal manera, para que una conducta constituya falta disciplinaria debe reunir imperiosamente los tres requisitos.

El servidor público que con su conducta, vulnere el deber funcional, incurre en falta disciplinaria, dando origen a la acción disciplinaria, e imposición de la sanción correspondiente. La incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el estatuto disciplinario (Ley 734 de 2002), que conlleve el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad, señaladas en el artículo 28 *ibidem*, se hace merecedor de la imposición de la sanción que corresponda.

El quebrantamiento del deber funcional es una vulneración calificada, necesariamente tiene que afectar sustancialmente los fines esenciales que persigue el Estado, señalados en el artículo 2 de la C. Pol., que ponga en peligro el servicio público o la buena marcha de la función pública, el poder disciplinario del Estado, es un límite al poder de los servidores públicos y de quienes prestan el servicio público por el Estado y una manera de preservar los principios de la función pública, el ordenamiento jurídico y los intereses generales.

En cuanto al no acatamiento de los citados deberes que impone la Constitución y la Ley a los servidores públicos, estableció la Corte, en la Sentencia C-948/02:

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

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben, como tampoco es posible concebir cláusulas de

responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por si misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.”<sup>28</sup>

El consejo de Estado con relación al tema en comento, indicó:

“La falta en materia disciplinaria se estructura a partir de la infracción al deber funcional. En el contexto anterior, vale decir que quienes ejercen una función pública, deben desempeñar el empleo, cargo o función, con diligencia, eficiencia; absteniéndose de ejecutar actos que impliquen ejercicio indebido del cargo o función, sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones de ley, abstenerse de recibir remuneración por servicios no prestados, ceñirse en sus actuaciones a los postulados de la buena fe, vigilando y salvaguardando los intereses del Estado y ante todo consultando permanentemente los intereses del bien común...”<sup>29</sup>

Así las cosas, conforme a lo anterior, el Despacho procede a revisar los elementos estructurales de la falta, como sigue:

### Tipicidad

En sentido práctico, la tipicidad es la correspondencia del comportamiento del investigado con la descripción de la conducta establecida en la norma legal.

La regla general de tipicidad en materia disciplinaria está descrita en el artículo 23 de la ley 734 de 2002 que afirma: “Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”

En Derecho Disciplinario, en los términos del Legislador contenidos en estatuto, obra como principio y como elemento de la falta, el artículo 4, *jusdem*: “El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. (Subraya fuera de texto)

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, Sentencia del 7 de marzo de 2013, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Rad. No: 66001-23-31-000-2005-00126-02(0001-09)





Conforme al anterior precepto, uno de los principios esenciales en materia disciplinaria, es el de la tipicidad, según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar determinada con anterioridad al momento de su realización.

La Corte Constitucional, en el ejercicio de su función de control, muchas veces se ha referido a la tipicidad como principio fundamental del derecho sancionador, en una de ellas, quizá una de las más importantes, señaló:

“9. Adicional a los principios de legalidad y reserva de ley, en el derecho administrativo sancionador, y en concreto, en el derecho disciplinario, de igual manera resulta exigible el *principio de tipicidad*. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, en materia administrativa, la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras. En esta medida, la Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad “se desarrolla el principio fundamental ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria”<sup>30</sup>.

En todo caso, como previamente se dijo, aunque el principio de tipicidad forme parte de las garantías estructurales del debido proceso en los procedimientos disciplinarios, no es demandable en dicho campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal. En efecto, como ya se señaló, la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad.

El legislador en el estatuto disciplinario, adoptó el sistema de *numerus apertus*, o tipos abiertos o en blanco, en preferencia del sistema de *numerus clausus* o tipos cerrados, justifica la adopción de este sistema de tipos disciplinarios, la multiplicidad de actividades que deben cumplir los funcionarios públicos en ejercicio de sus potestades, cuyas conductas son numerosas que cumplir con la tarea de tipificar cada una de ellas, resulta una tarea titánica, por esa razón se recogieron los comportamientos más comunes, más frecuentes en los cuales incurre cualquier servidor público.

En especial la Corte Constitucional, en la providencia en comento, precisó:

“Corresponde al concepto jurídico de “tipos abiertos”, aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por

todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria<sup>31</sup>.

La razón que fundamenta la admisibilidad de los tipos abiertos en el derecho disciplinario radica en la necesidad de salvaguardar el principio de eficiencia de la función pública (C.P. art. 209). Esta Corporación ha reconocido que exigir una descripción detallada en la ley disciplinaria de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen a los servidores públicos en las distintas normas jurídicas, traduciéndose dicha exigencia en un obstáculo para la realización coherente, ordenada y sistemática de la función disciplinaria y de las finalidades que mediante ella se pretenden, cuales son, *"la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado"*<sup>32</sup>. En estos términos, la Corte puntualizó:

"También se justifica este menor requerimiento de precisión en la definición del tipo disciplinario por el hecho que de asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos"<sup>33</sup>.

- Dentro de la categoría de "conceptos jurídicos indeterminados", se incluyen aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. Dichos conceptos lejos de permitir a su interprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado,

<sup>31</sup> Sentencia C-404 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>32</sup> Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>33</sup> Sentencia T-1093 de 2004. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En la presente decisión se citó la sentencia C-404 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), en donde se esgrime la misma posición jurídica, citando las siguientes consideraciones pronunciadas por la doctrina especializada sobre la materia, a saber: *"Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejadas una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir, una reproducción de textos en doble tipografía"*. (NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid. 1994. Pág. 298).



pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión.”

En toda investigación disciplinaria, es imperioso que en el auto de pliego de cargos o en el de citación a audiencia, se realice la tipificación de la conducta, está referida al hecho de SUBSUMIRSE la conducta en la descripción abstracta que hace el Legislador de la conducta en el tipo disciplinario. Las conductas concretas realizadas por los servidores públicos o particulares disciplinables, son las que se pueden encuadrar o no en el tipo disciplinario, en otras palabras, la adecuación típica o tipicidad es la cualidad del hecho concreto de subsumirse en el tipo.

En el auto de citación a audiencia, la conducta reprochada a los disciplinados, se tipificó en el numeral 31, del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, falta gravísima, así:

“**Hecho (...)** Relacionado con “Participar en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley...”

#### **Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002:**

“**Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

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

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-818 de 2005, declaró la exequibilidad de la anterior norma y estableció las reglas para la tipificación de conductas en esta, de la siguiente forma:

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

(i) Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, (a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, como sucede, por ejemplo, en los

hipótesis previstas en los artículos 126 y 268 del Texto Superior, el primero, que para garantizar el principio de moralidad pública prohíbe el nepotismo, y el segundo, que para lograr el mismo fin prohíbe a los Congresistas dar recomendaciones a fin de proveer empleos en la Contraloría General de la República; (b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede *concretar* acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica, como sucedería, a manera de ejemplo, con algunas de las reglas previstas en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993<sup>34</sup>.

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

Finalmente, (iii) teniendo en cuenta que el derecho disciplinario, como lo ha reconocido esta Corporación en sentencias C-1076 de 2002<sup>35</sup>, C-125 de 2003<sup>36</sup> y C-796 de 2004<sup>37</sup>, se somete al principio constitucional de proporcionalidad (C.P. arts. 1º, 2º y 13), es obligación del funcionario investigador determinar si el comportamiento reprochable en materia disciplinaria resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada. De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor pública o al particular, se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5º de la citada ley, según el cual: *“el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro”*.

**(i) Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio.**

<sup>34</sup> Dispone el artículo 23 de la citada disposición: *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. (...)”*. Más adelante, los artículos 24, 25 y 26 desarrollan algunos aspectos puntuales de dichos principios.

<sup>35</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>36</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>37</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.





En el auto de citación a audiencia en mención, en el acápite "IV. NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS", a folio 1230 del Cuad. No 4, se le señalaron los siguientes principios, descritos en la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

**"Principios de la Ley 80 de 1993**

**Artículo 24. Del principio de transparencia.** En virtud de este principio:

(...)

5. En los pliegos de condiciones:

(...)

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

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

**Artículo 25. Del principio de economía.** En virtud de este principio:

(...)

2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

**De los principios de la función administrativa Ley 1437 de 2011**

**ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos

administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

**Los anteriores principios son concordantes con los establecidos en la Ley 489 de 1998**

**Artículo 3o. Principios de la función administrativa.** La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

**Ley 734 de 2002; Artículo 34. Deberes.** Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

**Ley 1150 de 2007, ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN.** En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

(...)

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993."

En el acápite denominado "CONCEPTO DE VIOLACIÓN", se señaló puntualmente la descripción de los deberes, art. 34, nums 1, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2011, de la siguiente manera:



“Por su parte, al contemplar el artículo 48 numeral 31 del CDU como falta gravísima para los servidores públicos, “Participar en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley, los hechos presuntamente irregulares atribuibles al implicado, presuntamente transgredieron los principios de la contratación estatal señalados y los principios referidos de la función administrativa, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, Ley 1437 de 2011, Art. 3, en concordancia con los señalados en la Ley 489 de 1998 Art. 3, lo cual se traduce en una vulneración al deber funcional sin justificación alguna.

La Ley 1437 de 2011, definió los principios de la función administrativa, en particular en relación con los presuntamente vulnerados, (imparcialidad, buena fe, transparencia, eficacia, economía y celeridad.), de la siguiente manera:

**“3. En virtud del principio de imparcialidad**, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

**4. En virtud del principio de buena fe**, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

**8. En virtud del principio de transparencia**, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

**11. En virtud del principio de eficacia**, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

**12. En virtud del principio de economía**, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

**13. En virtud del principio de celeridad**, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

En este orden de ideas y de conformidad con el material probatorio allegado en la indagación preliminar y por los implicados, la conducta del doctor MAURICIO VALENCIA CORREA, Secretario de Infraestructura Física del Departamento de Antioquia, Presidente del Comité Interno de Contratación, de conformidad con el Decreto 008 del 2012, del Gobernador, Director para el caso específico del proceso de Licitación Pública No LIC-20-21-2012, se adecua en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por participar en todo el proceso de licitación citado, específicamente suscribió los actos administrativos proferidos en el proceso, entre otros, la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013, la cual declaró desierto el proceso de licitación, lo que se traduce en un desgaste de la administración y de los oferentes que participaron en ella, rechazó la totalidad de las ofertas, en aplicación de la causal de rechazo No 21 del pliego de condiciones que estipulaba “Cuando los datos suministrados por algún oferente no sean acordes con la realidad”, sin haberse observado los principios como los de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad, subsanabilidad y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, para haber terminado el proceso de licitación con adjudicación como señala la Ley 1150 de 2007 en su artículo 9, sin tener que recurrir al proceso de Selección Abreviada SA-20-10-2013. (Fls. 44 al 259 del C-1). <sup>38</sup> (Se subraya).

**(a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, como sucede.**

En el acápite de normatividad específica violada se citó:

#### **Constitución Política de Colombia**

**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

**(b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica, como sucedería, a manera de ejemplo, con algunas de las reglas previstas en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993<sup>39</sup>**

<sup>38</sup> Artículo 83 Constitución Política, consagra el principio de buena fe y el 228 ib, la prevalencia del derecho sustancial.

<sup>39</sup> Dispone el artículo 23 de la citada disposición: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. (...)”. Más adelante, los artículos 24, 25 y 26 desarrollan algunos aspectos puntuales de dichos principios.





Como se indicó se citaron los principios de transparencia y economía de los artículos 24 y 25 de la ley 80 de 1993, ya transcritos y adicionalmente los siguientes:

**Ley 734 de 2002 (DCU); Artículo 34. Deberes.** Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

**Ley 1150 de 2007, ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN.** En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

(...)

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

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

En este punto, es necesario precisar que el auto de cargos tiene los requisitos formales establecidos en el artículo 163 del estatuto disciplinario y el auto de citación a audiencia en el inciso segundo del artículo 177, ibídem, pero en garantía del derecho de defensa que le asiste al investigado, en este se procura complementarlo con los señalados en la primera norma.

En el auto de citación a audiencia, se hizo las siguientes imputaciones fácticas:

**2.1.1** Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la

constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de buena fe, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 489 de 1998,...

En el auto en cita, se describieron los principios complementarios al numeral 31 del artículo 48, del CDU, los cuales se transcribieron atrás.

**a) Sobre el principio constitucional de proporcionalidad (C.P. arts. 1°, 2° y 13), determinar si el comportamiento reprochable en materia disciplinaria resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada.**

En este punto, la Corte exige que se realice una ponderación entre el comportamiento del investigado, si resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada, en ese sentido, en tal ejercicio, debe tenerse en cuenta los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad.

En el sentir de este Despacho, el Legislador, en ejercicio de su facultad configurativa, estableció previamente la gravedad de conductas violatorias en la contratación o en etapa anterior a ella, señalando entre otras, de manera taxativa el tipo correspondiente en el numeral 31 del artículo 48, claro está que se debe considerar la culpabilidad y en ese sentido, si: "La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave, como prescribe el numeral 9 del artículo 43 del estatuto disciplinario, en este evento, la sanción a imponerse sería diferente a las determinadas por la norma en comento para las faltas gravísimas cometidas a título de dolo o culpa gravísima.

***b) Se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5° de la citada ley, según el cual: "el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro".***

En el auto en cita, se efectuó el correspondiente análisis sobre la sustancialidad de la ilicitud de la conducta, no propiamente en un acápite especial, se hizo en el acápite denominado "CONCEPTO DE VIOLACIÓN", de la siguiente manera:

"Es inaceptable que la Secretaría de Infraestructura Física del Departamento y la Gerencia de Proyectos Estratégicos, del Departamento de Antioquia, hayan adelantado un proceso de licitación pública, en la cual participaron 22 oferentes, durante el periodo comprendido entre la publicación del aviso 20 de noviembre de 2012 al 12 de julio de 2013, declarándola desierta, en la cual se hicieron inversiones de recursos del Estado y sumado a ellos los de los oferentes. Objetivamente se incurrió en un desgaste en tiempo, en recursos, en esfuerzos de la administración y de los oferentes, para no culminar con el fin que persigue la misma.



No es justo, ni razonable que se hayan surtido múltiples trámites y diligencias en el proceso licitatorio LIC-20-21-2012 para haber culminado declarándose desierto, en términos populares: "Tirado todo por la borda". No se advierte excusa válida para que tal procedimiento culminara así, ello lesiona gravemente el principio de confianza legítima, la comunidad en general, espera que las autoridades públicas desempeñen las funciones de conformidad con la Constitución y la Ley, consultando siempre los intereses generales para el cumplimiento de los fines del Estado; y demanda que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

Con los hechos presuntamente irregulares, se incurrió en la violación del régimen de deberes, señalados en los numerales 1 y 2 del artículo 34 del CDU, el numeral 1 en cita, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, por haberse revocado el acto administrativo de adjudicación, con una interpretación subjetiva de esta norma, "in malam partem", al dar por establecido que "el acto de adjudicación se encuentra precedido por un error evaluativo en el que incurrió la administración por las contradicciones evidenciadas en la propuesta del CONSORCIO COPARCO, dicho error comporta un medio que en términos del Consejo de Estado se erige en uno de los elementos de ilegalidad de un acto administrativo y en consecuencia siendo este error un medio flagrante, se impone a la administración por corregir dicha ilegalidad, debiendo revocar el acto de adjudicación.". Esta interpretación a juicio de este Despacho es una interpretación forzada de las causales de revocatoria del acto de adjudicación señaladas en el inciso 3º del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, que indica "si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales".

Los errores simples, involuntarios, gramaticales, no se deben calificar de "medios ilegales", en observancia de los postulados de la buena fe, razonabilidad, proporcionalidad y subsanabilidad, teniendo en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades o procedimientos, tales errores deben ponderarse y corregirse o subsanarse, para que la oferta no sea rechazada, se garantice al oferente el derecho a participar en igualdad de condiciones, también facilitar la pluralidad de concurrentes para asegurar la selección objetiva del contratista y la eficacia del proceso licitatorio.

En el caso de la licitación LIC-20-21-2012, no era necesario que se haya reevaluado y rechazado la oferta, no obstante haber brindado el CONSORCIO COPARCO las explicaciones pertinentes para aclarar el "error evaluativo en el que incurrió la administración por las contradicciones evidenciadas en la propuesta...", como tampoco las 6 ofertas restantes, so pretexto de preservar el derecho a la igualdad.

Aunado a lo anterior, ha de tenerse en cuenta la advertencia que realizó el Procurador 142 Judicial II Administrativo, en el Acto No. 417 del 20 de

noviembre del presente año, dentro del trámite de la solicitud de conciliación extrajudicial elevada por el Representante Legal de COPCISA SAS, ARQUITECTURA Y CONCRETO SAS, CONCRETOS Y ASFALTOS S. A., convocado el Departamento, en la cual manifestó: “El Procurador Judicial, una vez analizado el caso, viendo que hay una alta probabilidad de una sentencia condenatoria contra la entidad, pues en su parecer se han sumado una serie de actos y eventos irregulares con la decisión en cuestión, tal como lo hace ver la solicitud de convocatoria, pues es obvio que la oportunidad para formular objeciones a la propuesta estuvo vencida y así fue que se adjudicó el contrato, que el error advertido por el tercero participante no representa alteración alguna en la calificación del proceso, que la revocatoria no cumplió con el procedimiento legal existente, que la decisión de revocatoria se tomó por fuera del término legal ya que estaba vencido el plazo para suscribir el contrato, que existe una motivación que no corresponde a lo realmente sucedido frente a que se informare dentro de la audiencia de adjudicación, entre otros,...)

El señor Procurador 143 Judicial II Administrativo de Medellín, en el Acta No 417 del 28 de noviembre del presente año, advierte sobre la existencia de un daño antijurídico y sobre una “alta probabilidad de una condena contra la entidad”, por los hechos que son objeto de reproche, donde el Departamento a futuro se vería condenado a pagar la pretendida suma de \$ 3.510'276292, por concepto de las utilidades, que hubiesen percibido en caso que el CONSORCIO COPARCO hubiese ejecutado el contrato derivado de la licitación pública LIC-20-21-2012, a favor de los demandantes citados y en detrimento del erario.

Los hechos imputados como irregulares, son sustancialmente ilícitos en la medida que lesionan, gravemente los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución.

### **Ilícitud Sustancial**

La falta en materia disciplinaria se estructura a partir de la infracción al deber funcional.

Sobre el segundo elemento de la falta disciplinaria, ilicitud sustancial, señala en particular el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

La doctrina ha dicho que al referirse a la norma citada, ha de entenderse por “falta”, la “conducta”, porque la falta está constituida por tres elementos que la integran, (tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad). De igual manera por la expresión “antijurídica”, ha de entenderse “contraria a derecho”, por cuanto que la figura de la “antijuricidad” es propia del Derecho Penal y no compatible con el Derecho Disciplinario, que propende por crear una dogmática propia.

En idéntico sentido, el legislador en el artículo 4 de la Ley 1015 de 2006, con relación a la ilicitud sustancial lo definió de la siguiente manera:





“ARTÍCULO 4o. ILICITUD SUSTANCIAL. La conducta de la persona destinataria de esta ley será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.” (Subraya fuera de texto).

Así las cosas, la ilicitud sustancial está definida como: “la conducta será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”

La ilicitud sustancial, en términos prácticos es un elemento de la falta disciplinaria, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado para construir una definición que se ajuste dogmáticamente a la autonomía del derecho disciplinario. El doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación, en el libro titulado “Justicia Disciplinaria”, señaló que:

“La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública”, también indicó que: “...desde un referente de justicia, la sustancialidad de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial del comportamiento.”

En la obra anterior, el Dr. Ordoñez también señaló que: “Si el significado real del término antijuridicidad es el de ser contrario a derecho, debe entenderse que para estimarse cumplida la contrariedad de la conducta, ésta debe tener una razón de ser. El comportamiento, más que desconocer formalmente la norma jurídica que lo prohíbe, debe ser opuesto o, cuando menos, extraño a los principios que rigen la función pública.

La lectura correcta del instituto analizado debe armonizarse con el artículo 22 del Código Disciplinario Único, donde se establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que la gobiernan, a los cuales se circunscribe el cumplimiento de sus deberes y demás exigencias constitucionales y legales. A ello se contrae, en consecuencia, el objeto, fin o interés jurídico protegidos por el derecho disciplinario, norma concordante con el artículo 209 de la Constitución Política.”

En este punto, con relación a la ilicitud sustancial, resulta importante traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-948/2002, quien indicó lo siguiente:

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

En la misma Sentencia la Corte Constitucional señaló:

“La Corte ha precisado igualmente que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas.”

Se revocó el acto de adjudicación, con base en la causal “medios ilegales”, contenida en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, por considerar que: el acto de adjudicación se encuentra precedido por un error evaluativo en el que incurrió la administración por las contradicciones evidenciadas en la propuesta del CONSORCIO COPARCO, dicho error comporta un medio que en términos del Consejo de Estado se erige en uno de los elementos de ilegalidad de un acto administrativo y en consecuencia siendo este error un medio flagrante, se impone a la administración por corregir dicha ilegalidad, debiendo revocar el acto de adjudicación.”

Sobre el efecto de la revocación de un acto de adjudicación no exime a la administración a pagar los perjuicios que se causen, así lo manifestó el Consejo de Estado:

**“4.2. La revocación lícita de un acto administrativo no exime a la administración de pagar los perjuicios que cause.**

Definido lo anterior, se concluye con sobradas razones que los actos demandados del caso *sub iudice* no son nulos, porque el acto administrativo de apertura de la licitación era revocable. No obstante, esta conclusión no resuelve todos los cargos de nulidad que propuso el demandante, en particular: i) la falsa motivación al revocar el acto de apertura de la licitación, porque éste no vulneraba el interés público o social ni atentaba contra él; al contrario pavimentar una vía favorece a la comunidad –fl. 15, cdno. 1-; ii) la falta de presupuesto para contratar la pavimentación, en el año 1998, no configura la causal segunda del art. 69 de revocación directa; iii) la licitación debió concluir con la adjudicación, porque se evaluaron las ofertas y la parte actora ocupaba el primer lugar de elegibilidad.

(...)

Tal es el supuesto en que se abre una licitación, y después de presentadas y evaluadas las ofertas la administración la revoca, es decir, cuando existen interesados definidos, e incluso propuestas con ofrecimientos concretos. En tal evento es altamente probable que los afectados sufrirán perjuicios, representados, por ejemplo: en los mismos costos de estudios y pago de salarios al personal dedicado durante semanas a estudiar el proyecto; no obstante, tampoco se pueden asegurar, *a priori*, que esos perjuicios se causarán. Sin embargo, en



este caso surge un problema adicional, en relación con el anterior supuesto: es posible que un proponente esté más determinado a exigir la adjudicación del contrato, porque, incluso, ya sabía que ocupaba el primer lugar en la evaluación de las propuestas.

iv) Finalmente, si el proceso de selección avanza hasta la adjudicación del contrato la revocatoria directa ya no es posible -salvo que concurren los supuestos del art. 9 de la Ley 1150 de 2007<sup>40</sup>-. En tal evento, si la administración revoca la adjudicación, por fuera de las posibilidades legales, será responsable patrimonialmente de los perjuicios que causa al adjudicatario, entre ellos pagar la utilidad que deja de percibir.<sup>41</sup>

Corresponde en toda actuación disciplinaria, establecer si la conducta investigada es sustancialmente ilícita, es decir establecer el elemento estructural de la falta, para concluir si es contraria a derecho y si la misma afectó el deber funcional sin justificación alguna.

Con base en los anteriores pronunciamientos para este Despacho, con los hechos imputados a los disciplinados, pudo haberse causado un daño antijurídico al CONSORCIO COPARCO, porque se revocó el acto de adjudicación, decisión que truncó la posibilidad de suscribir un contrato, en el cual aspiraba obtener la suma de \$3.510'276.296, por concepto de las utilidades, en el caso de haber suscrito el contrato derivado de la licitación Pública LIC-20-21-2012.

Téngase en cuenta que el señor Procurador 143 Judicial II Administrativo de Medellín, en el Acta No 417 del 28 de noviembre del presente año, advierte sobre la existencia de un daño antijurídico y sobre una "alta probabilidad de una condena contra la entidad", por los hechos que son objeto de reproche, donde el Departamento a futuro se vería condenado a pagar la pretendida suma de \$

<sup>40</sup> "Artículo 9. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

"Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

"El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

"No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

"Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar."

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Rótero Rad. No 05001-

3.510'276292, por concepto de las utilidades, que hubiesen percibido en caso que el CONSORCIO COPARCO hubiese ejecutado el contrato derivado de la licitación pública LIC-20-21-2012, a favor de los demandantes citados y en detrimento del erario.

La anterior manifestación del Procurador Judicial no es arbitraria o caprichosa o extralimitación de su función, pues la misma se enmarca dentro los parámetros señalados en el numeral 1 del artículo 43 del Decreto 262 de 2000, el cual señala: "1. Velar porque se haga efectiva la responsabilidad patrimonial de los servidores o exservidores públicos y los particulares por cuya conducta pueda ser o haya sido declarada responsable una entidad estatal, por sentencia judicial proferida por las autoridades jurisdiccionales ante las que actúan, conforme a la Constitución y la ley. (Subrayas fuera de texto).

Aunadas a las anteriores funciones del Procurador Judicial Administrativo, conforme con la Ley 1367 de 2009, le corresponde, entre otras: 5. Propender por la reconsideración de los comités de conciliación si fuere necesario e intervenir en defensa de los acuerdos cuando fueren impugnados. 7. Diseñar y adelantar los programas correctivos a fin de prevenir situaciones estructurales generadas por las administraciones públicas lesivas al interés y el patrimonio público.

Ante la inminente y probable condena del estado, es que para esta Regional la conducta que se imputó en el auto de citación a audiencia a los aquí disciplinados, por atentar contra la función pública y el patrimonio público, es que se considera que la conducta es ilícitamente sustancial, porque causó un posible daño antijurídico al CONSORCIO COPARCO, lo cual es contrario a la ley y carece de justificación alguna.

### **Culpabilidad**

Con relación a este elemento de la falta disciplinaria, en el auto de citación a audiencia, de fecha 19 de diciembre de 2013, se calificó la conducta a título de **dolo**, para todos los disciplinados. Por razones de economía y método, se harán unas consideraciones generales y luego se examinará la culpabilidad en particular de cada uno de los disciplinados.

La culpabilidad como elemento integrante de la falta disciplinaria es de carácter o índole subjetivo, supone un juicio de reproche al investigado por su comportamiento contrario a derecho de manera sustancial, por infringir con la conducta el deber funcional, es un verdadero reproche de responsabilidad, entendida como la capacidad de toda persona de conocer y aceptar las consecuencias de un acto propio, de manera libre, lo que lo hace merecer la imposición de la consecuencia establecida como efecto de su obrar. La responsabilidad se exige de los servidores públicos y de los particulares que cumplen función pública, por el conocimiento del deber funcional y a pesar de ello libre y voluntariamente cometen la conducta, cuando se incurre en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento o cuando se incurre en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.





El Derecho Disciplinario como derecho sancionador exige una imputación subjetiva, que dentro de la estructura de la falta disciplinaria corresponde a la culpabilidad, siendo el dolo y la culpa las dos únicas modalidades de aquella.

La culpa disciplinaria presupone la infracción al deber objetivo de cuidado, mediante el desconocimiento o incumplimiento de lo que normalmente le corresponde, desconociendo las funciones normales y propias, además se predica la culpa en el evento de desatención o infracción de aquellas normas que de acuerdo con su cargo o función son de obligatorio acatamiento.

Haciendo alusión a la culpabilidad, el Código Disciplinario Único, preceptúa:

“Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.”

La proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano impone la restricción de sancionar la conducta por el solo hecho de la ocurrencia del resultado y exige, adicionalmente, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga.

En Sentencia C-155 de 2002, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 200 de 1995, en la cual se refirió a la culpabilidad de la siguiente manera:

“La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

Es decir, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U. acusado, al disponer que “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que “el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso – con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado.

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como

ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que "el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado."

### **Variación de la imputación del grado de culpabilidad**

Cabe anotar que la variación de la imputación respecto del grado de culpabilidad en materia disciplinaria, ha sido objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, para lo cual se trae a colación lo sostenido por la alta Corporación:

"Al respecto estima la Sala que la variación de la modalidad de la conducta no vulnera el debido proceso, en tanto que las normas disciplinarias base de la sanción admiten tanto la modalidad culposa como dolosa, siendo posible dentro del examen de la conducta de un funcionario judicial, modificar el cargo doloso hacia una decisión más favorable, fundada en la culpa."<sup>42</sup>

De igual manera en sentencia SU-901 de 2005, sostuvo lo siguiente:

"... Para la Corte, no contraría ni los fundamentos, ni la dinámica del derecho disciplinario el que se formulen cargos por una falta cometida a título de dolo y que en el fallo se declare la responsabilidad por esa misma falta pero cometida a título de culpa. Y ello tiene sentido pues puede ocurrir que, como consecuencia de las pruebas solicitadas en la contestación de los cargos y luego practicadas, se desvirtúe o atenúe la inicial forma de imputación, lo que es consecuente con el debido proceso disciplinario y con el derecho de defensa que le asiste al disciplinado. Carecería de sentido que formulada una imputación dolosa, no haya lugar a su atenuación a título de culpa gravísima o incluso grave o leve pues la calificación de la falta realizada en el pliego de cargos no puede reputarse definitiva y de allí que, si se aducen elementos probatorios que conduzcan a su reconsideración, pueda haber lugar a ella".<sup>43</sup>

Con base en las anteriores precisiones y manifestaciones jurisprudenciales, es prudente advertir que nos encontramos frente a un proceso disciplinario adelantado bajo la modalidad de verbal, cuyos requisitos de forma, están expresamente señalados en el artículo 177, inciso segundo del CDU.: "En el auto que ordena adelantar proceso verbal, debe consignarse la identificación del funcionario cuestionado, el cargo o empleo desempeñado, una relación

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia de T-056 del 29 de enero de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, Sentencia de Tutela SU-901 del 1º de septiembre 2005, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño



sucinta de los hechos reputados irregulares y de las normas que los tipifican, la relación de las pruebas tomadas en cuenta y de las que se van a ordenar, lo mismo que la responsabilidad que se estima puede caber al funcionario cuestionado.”

Como quiera, que de los testimonios recepcionados, y de las mismas manifestaciones en la versión libre de cada uno de los disciplinados, se aceptan los argumentos manifestados por las apoderadas, en el sentido que **no hubo dolo**, que los doctores MAURICIO VALENCIA, Secretario de Infraestructura de Antioquia, SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos, JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos, OSCAR ESPAÑA PULIDO, en calidad de Director Asuntos Legales del Departamento de Antioquia, respectivamente, recurrieron a instancias superiores, que consultaron con la Secretaria General, la Directora del Departamento de Contratación, el Director Jurídico, Abogados, entre otros, que convocaron a reuniones para resolver los problemas suscitados en la licitación LIC-20-21-2012, y que la decisión que se tomó fue la de revocar el acto de adjudicación, por tal razón se acepta que se ha desvirtuado el dolo.

No obstante que el dolo, se ha desvirtuado, al estudiar el proceso de licitación LIC-20-21-2012, y teniendo en cuenta las normas del estatuto contractual, la jurisprudencia vigente, que establecen reglas de obligatorio cumplimiento y que las mismas no se observaron, se evidencia por parte de este Despacho que procede una variación en la modalidad de la culpabilidad, y que se configura una **culpa gravísima**, la cual se encuentra demostrada con las decisiones proferidas, con las cuales se revoca el acto de adjudicación, se resuelve el recurso de reposición, los testimonios recepcionados en la audiencia y que se señalaron en acápite precedente, como las manifestaciones de las apoderadas y los disciplinados, así las cosas, la culpabilidad en esta instancia se califica de **CULPA GRAVÍSIMA**, por violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

Las siguientes son las reglas que se debieron cumplir:

1. Parágrafo 1, artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, “Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

2. Inciso 3 del Artículo 9 de la Ley 1150 de 2007. “El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.”

3. Literal b), numeral 5, Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 “Del principio de Transparencia. Se definirán reglas objetivas, justas, claras y

índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso.

4. Artículo 28 de la Ley 80 de 1993, Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

5. Numeral 8, Art. 24 Ley 80 de 1993, "8o. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.

6. Artículo 2.2.8, del Decreto 734 de 2012, "Artículo 2.2.8. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

(Las subrayas son con intensidad)

Efectuadas las anteriores precisiones, se procede a establecer si se dan los elementos de la falta disciplinaria, para cada uno de los disciplinados, análisis que se realizará separadamente.

**MAURICIO VALENCIA CORREA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 70.568.463 de Medellín, en calidad de Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia.

### **Examen de Tipicidad de la conducta**

Los hechos imputados, fueron del siguiente tenor;

**2.1** El doctor **MAURICIO ALBERTO VALENCIA CORREA**, estando en el ejercicio del cargo de Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia.

**2.1.1** Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la





contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de buena fe, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, cuyo aviso de convocatoria se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, "LICITACIÓN PÚBLICA – LIC-20-21-2012", OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), la cual se ordenó apertura el 31 de enero de 2013, mediante Resolución No 002013, siendo adjudicada al CONSORCIO COPARCO (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 el 17 de mayo de 2013. Revocó el 28 de mayo de 2013 el acto administrativo de adjudicación de la licitación LIC-20-21-2012 (Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013), mediante la Res. No 068070 del 28 de mayo de 2013 y con Resolución No 087369 del 25 de junio de 2013, resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida sin fundamento en causal legal. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013.

Conforme al examen atrás efectuado, este Despacho concluye que los hechos imputados irregulares al doctor MAURICIO VALENCIA CORREA, en calidad de Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia, cumple con el requisito de tipicidad, es decir se adecua al tipo descrito en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, conforme a las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-818 de 2005.

### **Examen sobre la ilicitud sustancial**

Con relación a la ilicitud sustancial de los hechos imputados irregulares al doctor **MAURICIO VALENCIA CORREA**, en calidad de Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia, ha de señalarse que, son típicos como se examinó, que los mismos, por tratarse de varias irregularidades que se presentaron en la Licitación Pública, como son, en la etapa de evaluación de las ofertas, rechazaron ofrecimientos de proponentes, por haberse encontrado errores en la información consignada en el formulario No 1, el cual tenía por finalidad establecer el K (r) (capacidad residual), según la causal de rechazo No 21, establecida en el pliego de condiciones, sin permitir y efectuar la correspondiente corrección, la reevaluación con la información correcta, en observancia a las reglas de subsanabilidad, establecidas en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y establecido en el artículo 2.2.8 del decreto 734 de 2002.

Ha de tenerse en cuenta que los hechos imputados irregulares, causaron un posible daño antijurídico, con la revocatoria del acto de adjudicación y que el representante legal del Consorcio COPARCO, formuló demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que el señor Procurador 442 Judicial II

Administrativo de Medellín, en el Acta No 417 del 28 de noviembre del presente año, advierte sobre la existencia de un daño antijurídico y sobre una “alta probabilidad de una condena contra la entidad”, por los hechos que son objeto de reproche, donde el Departamento a futuro se vería condenado a pagar la pretendida suma de \$ 3.510'276292, por concepto de las utilidades, que hubiesen percibido en caso que el CONSORCIO COPARCO hubiese ejecutado el contrato derivado de la licitación pública LIC-20-21-2012, a favor de los demandantes citados y en detrimento del erario.

En tanto que como se indicó en pasajes atrás, la conducta realizada, vulneró gravemente la función pública, con violación de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 Superior, como son los de eficacia, economía y celeridad, sin justificación alguna,

### **Examen de culpabilidad**

La conducta se había calificado en el auto de citación a audiencia del 19 de diciembre de 2013, provisionalmente a título de dolo, pero como se dijo en párrafo precedente, con base en los testimonios recepcionados en la Audiencia, el mismo ha sido desvirtuado, pero que del estudio del proceso de Licitación, el estatuto contractual como la normatividad vigente, para la época de los hechos, advierte el despacho que la modalidad de culpabilidad ha variado y que por tal razón, se calificará a título de CULPA GRAVÍSIMA, por violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, reglas que fueron transcritas en el acápite correspondiente a la culpabilidad.

**SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.786.335 de Medellín, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia.

### **Examen de Tipicidad de la conducta**

En el auto de citación a audiencia del 19 de diciembre de 2013, se le imputó el siguiente hecho:

**2.2** El doctor **SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, en calidad de Gerente de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia

**2.2.1** Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, cuyo aviso de convocatoria se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, “LICITACIÓN PÚBLICA – LIC-20-21-2012”, OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), la



cual se ordenó apertura el 31 de enero de 2013 mediante Resolución No 002013, siendo adjudicada al CONSORCIO COPARCO (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 el 17 de mayo de 2013, declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013. Aprobó el 28 de mayo de 2013 la Res. No 068070 de la misma fecha mediante la cual revocó la Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013, que adjudicó al CONSORCIO COPARCO la licitación LIC-20-21-2012 y con su firma también el 25 de junio de 2013 aprobó la Resolución No 087369 que resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida sin fundamento en causal legal. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013.

Conforme al examen en párrafos precentes, este Despacho concluye que los hechos imputados irregulares al doctor **SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos de la Gobernación, cumple con el requisito de tipicidad, es decir se adecuan al tipo descrito en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, conforme a las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-818 de 2005.

#### **Examen sobre la ilicitud sustancial**

Con relación a la ilicitud sustancial de los hechos imputados irregulares al doctor **SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos de la Gobernación, ha de señalarse que, son típicos como se examinó, que los mismos, por tratarse de varias irregularidades que se presentaron en la Licitación Pública, como son, en la etapa de evaluación de las ofertas, rechazaron ofrecimientos de proponentes, por haberse encontrado errores en la información consignada en el formulario No 1, el cual tenía por finalidad establecer el K(r) (capacidad residual), según la causal de rechazo No 21, establecida en el pliego de condiciones, sin permitir y efectuar la correspondiente corrección, la reevaluación con la información correcta, en observancia a las reglas de subsanabilidad, establecidas el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y establecido en el artículo 2.2.8 del decreto 734 de 2002.

Ha de tenerse en cuenta que los hechos imputados irregulares, causaron un posible daño antijurídico, con la revocatoria del acto de adjudicación y que el representante legal del Consorcio COPARCO, formuló demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que el señor Procurador 143 Judicial II Administrativo de Medellín, en el Acta No 417 del 28 de noviembre del presente año, advierte sobre la existencia de un daño antijurídico y sobre una "alta probabilidad de una condena contra la entidad", por los hechos que son objeto de reproche, donde el Departamento a futuro se vería condenado a pagar la pretendida suma de \$ 3.510'276292, por concepto de las utilidades, que hubiesen percibido en caso que el CONSORCIO COPARCO hubiese ejecutado el contrato derivado de la licitación pública LIC-20-21-2012, a favor de los demandantes citados y en detrimento del erario.

En tanto que como se indicó en pasajes atrás, la conducta realizada, vulneró gravemente la función pública, con violación de los principios constitucionales

señalados en el artículo 209 Superior, como son los de eficacia, economía y celeridad, sin justificación alguna,

### **Examen de culpabilidad**

La conducta se había calificado en el auto de citación a audiencia del 19 de diciembre de 2013, provisionalmente a título de dolo, pero como se dijo en párrafo precedente, con base en los testimonios recepcionados en la Audiencia, el mismo ha sido desvirtuado, pero que del estudio del proceso de Licitación, el estatuto contractual como la normatividad vigente, para la época de los hechos, advierte el despacho que la modalidad de culpabilidad ha variado y que por tal razón, se calificará a título de CULPA GRAVÍSIMA, por violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, reglas que fueron transcritas en el acápite correspondiente a la culpabilidad.

**JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.630.314 de Medellín, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia.

### **Examen de Tipicidad de la conducta**

El hecho imputado en el auto de citación a audiencia fue de la siguiente manera:

**2.3** El doctor **JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, en su condición de Director General de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia

**2.3.1** Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, cuyo aviso de convocatoria se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, "LICITACIÓN PÚBLICA – LIC-20-21-2012", OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), la cual se ordenó apertura el 31 de enero de 2013 mediante Resolución No 002013, siendo adjudicada al CONSORCIO COPARCO (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 el 17 de mayo de 2013. Revisó el 28 de mayo de 2013 la Res. No 068070 de la misma fecha mediante la cual revocó la Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013, que adjudicó al CONSORCIO COPARCO la licitación LIC-20-21-2012 y con su firma también el 25 de junio de 2013 revisó la Resolución No 087369 que resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida sin fundamento en causal legal. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013.





Conforme al examen arriba realizado, este Despacho concluye que los hechos imputados irregulares al doctor **JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia, cumple con el requisito de tipicidad, es decir se adecuan al tipo descrito en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, conforme a las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-818 de 2005.

### **Examen sobre la ilicitud sustancial**

Con relación a la ilicitud sustancial de los hechos imputados irregulares al doctor **JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia, ha de señalarse que, son típicos como se examinó, que los mismos, por tratarse de varias irregularidades que se presentaron en la Licitación Pública, como son, en la etapa de evaluación de las ofertas, rechazaron ofrecimientos de proponentes, por haberse encontrado errores en la información consignada en el formulario No 1, el cual tenía por finalidad establecer el K(r) (capacidad residual), según la causal de rechazo No 21, establecida en el pliego de condiciones, sin permitir y efectuar la correspondiente corrección, la reevaluación con la información correcta, en observancia a las reglas de subsanabilidad, establecidas en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y establecido en el artículo 2.2.8 del decreto 734 de 2002.

Ha de tenerse en cuenta que los hechos imputados irregulares, causaron un posible daño antijurídico, con la revocatoria del acto de adjudicación y que el representante legal del Consorcio COPARCO, formuló demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que el señor Procurador 143 Judicial II Administrativo de Medellín, en el Acta No 417 del 28 de noviembre del presente año, advierte sobre la existencia de un daño antijurídico y sobre una "alta probabilidad de una condena contra la entidad", por los hechos que son objeto de reproche, donde el Departamento a futuro se vería condenado a pagar la pretendida suma de \$ 3.510'276292, por concepto de las utilidades, que hubiesen percibido en caso que el CONSORCIO COPARCO hubiese ejecutado el contrato derivado de la licitación pública LIC-20-21-2012, a favor de los demandantes citados y en detrimento del erario.

En tanto que como se indicó en pasajes atrás, la conducta realizada, vulneró gravemente la función pública, con violación de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 Superior, como son los de eficacia, economía y celeridad, sin justificación alguna,

### **Examen de culpabilidad**

La conducta se había calificado en el auto de citación a audiencia del 19 de diciembre de 2013, provisionalmente a título de dolo, pero como se dijo en párrafo precedente, con base en los testimonios recepcionados en la Audiencia, el mismo ha sido desvirtuado, pero que del estudio del proceso de Licitación, el estatuto contractual como la normatividad vigente, para la época de los hechos, advierte el despacho que la modalidad de culpabilidad ha variado y que por tal

reglas de obligatorio cumplimiento, reglas que fueron transcritas en el acápite correspondiente a la culpabilidad.

**OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO**, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.546.546 de Popayán, en calidad de Director Asuntos Legales de la Gobernación de Antioquia.

### **Examen de Tipicidad de la conducta**

En el auto de citación a audiencia, se le imputó el siguiente hecho:

**2.4** El doctor **OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO**, en su calidad de Gerente de Proyectos Estratégicos de la Gobernación de Antioquia.

**2.4.1** Participó en todo el proceso de licitación No LIC-20-212012 (etapa precontractual), con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la constitución y en la ley, en especial los de transparencia y economía de la contratación estatal; eficacia, economía y celeridad de la constitución; igualmente los de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia de la función administrativa señalados en el art. 3 de la ley 1437 de 2011, cuyo aviso de convocatoria se publicó en el SECOP el 20 de noviembre de 2012, "LICITACIÓN PÚBLICA – LIC-20-21-2012", OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE LA DOBLE CALZADA DESDE EL INTERCAMBIO DE LA CARRERA 80 HASTA EL EMPALME CON LA VIA DE ACCESO ORIENTAL DEL TÚNEL FERNANDO GÓMEZ MARTÍNEZ EN EL SECTOR DE LOMA HERMOSA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS (CONEXIÓN VIAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA), la cual se ordenó apertura el 31 de enero de 2013 mediante Resolución No 002013, siendo adjudicada al CONSORCIO COPARCO (Conasfaltos S. A. 50%- Arquitectura y Concreto S.A.S 25%- Copsisa S.A.S 25%) con Resolución No 50345 el 17 de mayo de 2013. Revisó el 28 de mayo de 2013 la Res. No 068070 de la misma fecha mediante la cual revocó la Resolución No 50345 del 17 de mayo de 2013, que adjudicó al CONSORCIO COPARCO la licitación LIC-20-21-2012 y con su firma también el 25 de junio de 2013 revisó la Resolución No 087369 que resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión de revocar la adjudicación al CONSORCIO COPARCO, proferida sin fundamento en causal legal. La licitación finalmente fue declarada desierta mediante la Resolución No 89354 del 12 de julio de 2013.

Conforme al examen de tipicidad realizado en acápite atrás,, este Despacho concluye que los hechos imputados irregulares al doctor **OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO**, en calidad de Director Asuntos Legales de la Gobernación de Antioquia, cumple con el requisito de tipicidad, es decir se adecuan al tipo descrito en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, conforme a las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-818 de 2005.

### **Examen sobre la ilicitud sustancial**

Con relación a la ilicitud sustancial de los hechos imputados irregulares al doctor **OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO**, en calidad de Director Asuntos Legales de la Gobernación de Antioquia, ha de señalarse que, son típicos como



se examinó, que los mismos, por tratarse de varias irregularidades que se presentaron en la Licitación Pública, como son, en la etapa de evaluación de las ofertas, rechazaron ofrecimientos de proponentes, por haberse encontrado errores en la información consignada en el formulario No 1, el cual tenía por finalidad establecer el K(r) (capacidad residual), según la causal de rechazo No 21, establecida en el pliego de condiciones, sin permitir y efectuar la correspondiente corrección, la reevaluación con la información correcta, en observancia a las reglas de subsanabilidad, establecidas el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y establecido en el artículo 2.2.8 del decreto 734 de 2002.

Ha de tenerse en cuenta que los hechos imputados irregulares, causaron un posible daño antijurídico, con la revocatoria del acto de adjudicación y que el representante legal del Consorcio COPARCO, formuló demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que el señor Procurador 143 Judicial II Administrativo de Medellín, en el Acta No 417 del 28 de noviembre del presente año, advierte sobre la existencia de un daño antijurídico y sobre una "alta probabilidad de una condena contra la entidad", por los hechos que son objeto de reproche, donde el Departamento a futuro se vería condenado a pagar la pretendida suma de \$ 3.510'276292, por concepto de las utilidades, que hubiesen percibido en caso que el CONSORCIO COPARCO hubiese ejecutado el contrato derivado de la licitación pública LIC-20-21-2012, a favor de los demandantes citados y en detrimento del erario.

En tanto que como se indicó en pasajes atrás, la conducta realizada, vulneró gravemente la función pública, con violación de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 Superior, como son los de eficacia, economía y celeridad, sin justificación alguna,

### **Examen de culpabilidad**

La conducta se había calificado en el auto de citación a audiencia del 19 de diciembre de 2013, provisionalmente a título de dolo, pero como se dijo en párrafo precedente, con base en los testimonios recepcionados en la Audiencia, el mismo ha sido desvirtuado, pero que del estudio del proceso de Licitación, el estatuto contractual como la normatividad vigente, para la época de los hechos, advierte el despacho que la modalidad de culpabilidad ha variado y que por tal razón, se calificará a título de CULPA GRAVÍSIMA, por violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, reglas que fueron transcritas en el acápite correspondiente a la culpabilidad.

### **DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN**

El artículo 4º de la Ley 734 de 2002, consagra el principio de legalidad al cual debe ajustarse toda actuación disciplinaria. Dentro de este, también se consagra el principio de legalidad de la sanción, debiendo imponerse solo la que está contemplada en la ley, conforme a la conducta o falta disciplinaria por la cual se encontró responsable al servidor público.

Del contenido del artículo 13 del CDU, el Legislador consagra que las faltas disciplinarias sólo son sancionables a título de dolo o culpa y que la responsabilidad objetiva está proscrita.

De igual manera, guardando coherencia, el artículo 142, ibídem, establece que para imponer sanción debe estar debidamente demostrada la existencia de la conducta y de la respectiva responsabilidad del infractor. Enseña la norma en cita: "No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado."

Las pruebas que permiten determinar la existencia de la falta, la ilicitud sustancial y la culpabilidad de los disciplinados, son documentales, especialmente las señaladas en el acápite de pruebas de esta providencia.

La responsabilidad es la capacidad del individuo en aceptar una consecuencia jurídica, derivada de un comportamiento suyo, realizado libre, voluntariamente y sin coacción ajena.

La Corte Constitucional, se ocupó del tema de la imposición de sanciones, así:

**"a. La imposición de sanciones con base en criterios de responsabilidad objetiva"**

41. En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado -entendido éste en su dimensión normativa- o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en los que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad, impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita.

De allí que esta Corporación haya indicado que "Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que "el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada





se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”<sup>44</sup>

Según el artículo 44 de la ley 734 de 2002, se encuentran previstas como sanciones disciplinarias las siguientes: i) la destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima; ii) la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, iii) la suspensión, para las faltas graves culposas; iv) la multa, para las faltas leves dolosas, y v) la amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

El principio de proporcionalidad señalado en el Artículo 18, establece que: “La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.

Así mismo, es procedente destacar que conforme con lo consagrado en el artículo 46 de la misma normatividad, la INHABILIDAD GENERAL será de diez (10) a veinte (20) años, para lo cual se deben tener en cuenta los criterios para la graduación de la sanción, contemplados en el artículo 47 ídem.

El legislador al fijar las sanciones a las que están sometidos los servidores públicos, en el artículo 44 del C. D. U. (Ley 734 de 2002), se señalan, entre otras, las siguientes:

**“Artículo 44. Clases de sanciones.** El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones” (Subrayas fuera del texto).

Para el caso de las faltas graves culposas, el legislador dispuso en el numeral 3 del artículo 44 ídem, como sanción a imponer la suspensión.

El artículo 46 ibídem, establece el límite de las sanciones de la siguiente manera:

**Artículo 46. Límite de las sanciones.** La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.

La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.

La amonestación escrita se anotará en la correspondiente hoja de vida.

Con relación a los criterios para la graduación de la sanción, el artículo 47 de la misma Ley señaló:

**Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.**

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;
- b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;
- c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;
- d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;
- e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;
- f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;
- g) El grave daño social de la conducta;
- h) La afectación a derechos fundamentales;
- i) El conocimiento de la ilicitud;



j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

(...)

Conforme a las normas transcritas, al fallar en primera instancia debe tenerse en cuenta al momento de graduar la sanción a imponer a los disciplinados, que tal graduación debe tener como punto de partida el límite mínimo, es decir diez (10) años.

Respetando el **principio de legalidad de la sanción**, el término de inhabilidad general deberá ser graduado conforme al artículo 47 de la Ley 734 de 2002, pues allí se encuentran los criterios que deben imperar para la graduación de la sanción, adicionalmente los **principios de razonabilidad y proporcionalidad**. Se analizan entonces los criterios que trae el numeral 1° del artículo 47 del CDU, así:

Como quiera que el legislador en el estatuto disciplinario, no estableció una tarifa o porcentaje para la graduación de la sanción, en observancia de los criterios establecidos para ello, (favorables y desfavorables), queda bajo la apreciación del operador disciplinario graduar la sanción a imponer.

En esta sede disciplinaria, el funcionario que gradúa la sanción teniendo en cuenta que de no existir criterios desfavorables, aquella debería ser la mínima, es decir diez años, y de existir todos los criterios desfavorables sin ninguno que favorezcan a los disciplinados la sanción de suspensión debería ser la máxima, o sea veinte años, que integrarían teniendo en cuenta la entidad de los aludidos criterios desfavorables, dentro de los cuales se encuentran que hay dos de mayor entidad, [g) y h)], uno intermedio [c)] y tres de menor entidad [a), i) y j)], es decir diez en total. Por lo tanto partiendo del mínimo, diez (10), y por la verificación de cada uno de ellos, la sanción se agravará con un año adicional, de este modo la agravación total sería de diez (10) años de la inhabilidad mínima para un máximo de inhabilidad general a imponer de veinte (20) años.

Sea la oportunidad para advertir en esta instancia, que en consideración del Consejo de Estado, la inexistencia de antecedentes no constituye causal de "atenuación o exoneración de la sanción porque la norma que los establece no lo determina, al respecto señaló:

"El demandante afirma que la sanción de destitución impuesta no fue proporcional a la falta probada porque no se tuvo en cuenta para la atenuación que él aceptó su falencia, no tenía antecedentes disciplinarios en más de 24 años de ejercicio como Notario y que casos similares o peores al suyo han sido sancionados con "benevolencia".

En relación con dicho argumento es del caso advertir que la Ley 734 de 2002, aplicable al caso concreto, no incluye causales de atenuación de la sanción disciplinaria por la comisión de una falta "gravísima", sólo determina que la misma será sancionada a título de culpa o dolo, con "destitución del cargo".

El hecho de que el disciplinado no hubiere tenido antecedentes disciplinarios anteriores no constituye causal de atenuación o exoneración de la sanción porque la norma que gobierna el caso no lo determina.”<sup>45</sup>

**MAURICIO VALENCIA CORREA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 70.568.463 de Medellín, en calidad de Secretario de Infraestructura Física de la Gobernación de Antioquia, teniendo en cuenta que la conducta cometida es GRAVÍSIMA y cometida a título de CULPA GRAVÍSIMA, en la modalidad de violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, la sanción a imponerle será la contemplada en el numeral primero del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, disposición en la que se establece que el servidor público está sometido a la sanción de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, cuando la falta cometida es gravísima dolosa o ésta es realizada con culpa gravísima.

Considera este Despacho que el tiempo de inhabilidad general aplicable en el caso sub judice, deber partir del mínimo contemplado en la legislación disciplinaria, es decir, 10 años y se incrementa un (1) año, conforme al literal j) del artículo 47 del CDU, por cuanto que el Cargo de Secretario de Infraestructura del Departamento de Antioquia, pertenece al nivel Directivo del Departamento, y se encuentra establecido en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, folio 1093 vto. del Cuad. No 4.

Así las cosas, considerando que las faltas descritas han sido calificadas como GRAVÍSIMAS e imputadas a título de CULPA GRAVÍSIMA, se tiene que la sanción a aplicar debe ser la contenida en el numeral primero del precitado artículo, es decir, deberá consistir en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL., por el término de once (11) años.

**SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, identificado con la C. C. No 71.786.335 de Medellín, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos, de la Gobernación de Antioquia, teniendo en cuenta que la conducta tipificada es GRAVÍSIMA y cometida a título de CULPA GRAVÍSIMA, en la modalidad de violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, la sanción a imponerle será la contemplada en el numeral primero del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, disposición en la que se establece que el servidor público está sometido a la sanción de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, cuando la falta cometida es gravísima dolosa o ésta es realizada con culpa gravísima.

Considera este Despacho que el tiempo de inhabilidad general aplicable en el caso sub judice, debe partir del mínimo contemplado en la legislación disciplinaria, es decir, 10 años y se incrementa un (1) año, conforme al literal j) del artículo 47 del CDU, por cuanto que el Cargo de Gerente Proyectos Estratégicos del Departamento de Antioquia, pertenece al nivel Directivo y se encuentra establecido en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, folio 1108 vto. del Cuad. No 4.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “B” Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramirez De Páez, Sentencia del 2 de febrero de 2012.





Así las cosas, considerando que las faltas descritas han sido calificadas como GRAVÍSIMAS e imputadas a título de CULPA GRAVÍSIMA, se tiene que la sanción a aplicar debe ser la contenida en el numeral primero del precitado artículo, es decir, deberá consistir en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, por el término de once (11) años.

**JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, identificado con la C. C. No 71.630.314 de Medellín, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos, teniendo en cuenta que la conducta cometida es GRAVÍSIMA y cometida a título de CULPA GRAVÍSIMA, en la modalidad de violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, la sanción a imponerle será la contemplada en el numeral primero del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, disposición en la que se establece que el servidor público está sometido a la sanción de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, cuando la falta cometida es gravísima dolosa o ésta es realizada con culpa gravísima.

Considera este Despacho que el tiempo de inhabilidad general aplicable en el caso sub judice, debe partir del mínimo contemplado en la legislación disciplinaria, es decir, 10 años y se incrementa un (1) año, conforme al literal j) del artículo 47 del CDU, por cuanto que el Cargo de Director General de Proyectos, pertenece al nivel Directivo, y se encuentra establecido en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, folio 1124 del Cuad. No 4.

Así las cosas, considerando que las faltas descritas han sido calificadas como GRAVÍSIMAS e imputadas a título de CULPA GRAVÍSIMA, se tiene que la sanción a aplicar debe ser la contenida en el numeral primero del precitado artículo, es decir, deberá consistir en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, por el término de once (11) años.

**OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO**, identificado con la C. C. No 10.546.546 de Popayán, en calidad de Director Asuntos Legales, del Departamento de Antioquia, teniendo en cuenta que la conducta cometida es GRAVÍSIMA y cometida a título de CULPA GRAVÍSIMA, en la modalidad de violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, la sanción a imponerle será la contemplada en el numeral primero del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, disposición en la que se establece que el servidor público está sometido a la sanción de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, cuando la falta cometida es gravísima dolosa o esta es realizada con culpa gravísima.

Considera este Despacho que el tiempo de inhabilidad general aplicable en el caso sub judice, debe partir del mínimo contemplado en la legislación disciplinaria, es decir, 10 años y se incrementa un (1) año, conforme al literal j) del artículo 47 del CDU, por cuanto que el Cargo de Director Asuntos Legales – Director Administrativo- del Departamento de Antioquia, pertenece al nivel Directivo, y se encuentra establecido en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, folio 1078 del Cuad. No 4.

Así las cosas, considerando que las faltas descritas han sido calificadas como GRAVÍSIMAS e imputadas a título de CULPA GRAVÍSIMA, se tiene que la sanción a aplicar debe ser la contenida en el numeral primero del precitado

artículo, es decir, deberá consistir en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL., por el término de once (11) años.

### **OTRAS DETERMINACIONES**

Durante el transcurso de la audiencia y teniendo en cuenta las versiones libres rendidas por los disciplinados, las intervenciones de las apoderadas y los testimonios recepcionados durante la misma, este Despacho advierte que hubo otros servidores públicos del equipo de contratación de la Gobernación de Antioquia, que participaron dentro del proceso de licitación Pública No LIC-20-21-2012, que posiblemente los hace estar incurso en conducta constitutiva de falta disciplinaria, al igual que los aquí disciplinados. Por lo tanto ordenará la compulsación de copias de los principales autos y audiencia, junto con esta providencia, a fin de que se investigue disciplinariamente

Lo anterior, obliga a este Procurador Regional, de antemano declararse impedido para conocer de la actuación disciplinaria que se origina, por emitir un concepto evaluativo al respecto, en los términos del numeral 4 del artículo 84 del estatuto disciplinario, por haber manifestado opinión sobre el asunto materia de la actuación.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Regional de Antioquia, en uso de sus facultades legales, especialmente las consagradas en el artículo 75 del Decreto 262 de 2000,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar probados y no desvirtuados los hechos reputados irregulares y declarar responsables disciplinariamente, a los doctores **MAURICIO ALBERTO VALENCIA CORREA**, identificado con la C. C. No 70.568.463 de Medellín, en calidad de Secretario de Infraestructura Física, **SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, identificado con la C. C. No 71.786.335 de Medellín, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos, **JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, identificado con la C. C. No 71.630.314 de Medellín, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos, **OSCAR ESPAÑA PULIDO**, identificado con la C. C. No 10.546.546 de Popayán, en calidad de Director Asuntos Legales, del Departamento de Antioquia respectivamente, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **SANCIONAR** a los doctores **MAURICIO ALBERTO VALENCIA CORREA**, identificado con la C. C. No 70.568.463 de Medellín, en calidad de Secretario de Infraestructura Física, con DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, por el término de once (11) años **SEBASTIAN ALVAREZ DÍAZ**, identificado con la C. C. No 71.786.335 de Medellín, en calidad de Gerente Proyectos Estratégicos, con DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, por el término de once (11) años, **JUAN CARLOS RESTREPO MONSALVE**, identificado con la C. C. No 71.630.314 de Medellín, en calidad de Director General de Proyectos Estratégicos, con DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, por el término de once (11) años, **OSCAR ORLANDO ESPAÑA PULIDO**, identificado con la C. C. No 10.546.546 de Popayán, en calidad de Director Asuntos Legales, del Departamento de Antioquia respectivamente, con DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL, por



el término de once (11) años, de conformidad con lo expuesto en la motivación de este fallo.

**TERCERO:** Compulsar copias de las decisiones tomadas en este proceso con el fin de investigar disciplinariamente a los demás servidores públicos adscritos al Departamento de Antioquia, que participaron en el proceso de licitación pública, LIC-20-21-2012, por incurrir en la comisión de las mismas conductas, objeto de este proceso.

**CUARTO:** Declararse impedido para conocer de la actuación disciplinaria que se desprenda de la compulsación de copias, contra servidores públicos adscritos a la Gobernación de Antioquia, por considerar estar incurso en la parte final de la causal cuarta del artículo 84 del CDU, por haber manifestado opinión sobre el asunto materia de la actuación, conforme a lo señalado en la motivación de esta decisión.

**QUINTO:** La presente decisión queda notificada en estrados, de conformidad con establecido en el artículo 106 del estatuto disciplinario, con la advertencia a los sujetos procesales, que contra este fallo, procede el recurso de apelación, ante la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal (R), el cual se deberá interponer en la forma y términos prescritos en el artículo 180 de la Ley 734 de 2002.

En este estado de la diligencia, el Procurador Regional, procede a otorgarle el uso de la palabra a los sujetos procesales, en consecuencia se le concedió el uso de la palabra a la doctora ARACELLY TAMAYO el uso de la palabra. La doctora ARACELLY TAMAYO, solicitó la aclaración del fallo de primera instancia. Con base en el artículo 121 del Código Disciplinario, El Procurador Regional, se pronunció sobre la petición de corrección del fallo, en tal efecto le concede el uso a la Doctora ARACELLY, manifiesta que interpone el recurso de apelación, para presentarlo en audiencia y solicita un receso en consideración de la hora, para tal efecto y en consideración a la complejidad del proceso. El Procurador Regional, teniendo en cuenta lo denso y lo complejo del proceso, dispone la suspensión de la audiencia con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política. El Procurador Regional concede el uso de la palabra a la doctora MARCELA VARGAS, quien manifiesta que interpone el recurso de apelación y solicita de igual manera un receso para la sustentación del recurso en audiencia. El Procurador Regional accede a la petición de las apoderadas, en el sentido de suspender la audiencia para que puedan sustentar el recurso de apelación. Para tal efecto se fijó el día 20 de mayo a las 8: 00 a. m., la continuación de la audiencia con el fin de recibir de manera oral o escrita la sustentación del recurso de apelación. No siendo otro el objeto de la presente diligencia ésta se da por terminada y es leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.

**DAVID ALONSO ROA SALGUERO**  
Procurador Regional de Antioquia

