

PROCESOS CONTRACTUALES – Responsabilidad del servidor público – Delegación de competencia – Artículo 11 Ley 80 de 1993

«[...] la responsabilidad personal e indelegable que asumen los representantes legales de las entidades descentralizadas, en todos los ordenes y niveles, no sólo para determinar la necesidad del suministro de un bien o servicio sino para direccionar la celebración de licitaciones o concursos y para la escogencia objetiva del contratista en cumplimiento de los principios que ordena la Ley 80. [...] el servidor público titular de la función no quedará excusado o eximido de la responsabilidad disciplinaria, penal y civil, si a ellas hubiere lugar, por sus acciones u omisiones en cumplimiento de sus actuaciones dentro de los procesos contractuales, en los términos de Constitución y ley. No obstante que la Ley 80 de 1993 permite la delegación de la competencia para realizar los trámites propios de la contratación, el legislador evitó a toda costa que la responsabilidad de la entidad contratante en cabeza de su representante legal se diluyera y por tanto debe entenderse que recae sobre su persona, así exista de por medio un acto de delegación en aras de llevar a cabo la gestión contractual, pero nunca dejando de lado su responsabilidad como ordenador del gasto y representante legal de la entidad quien debe salvaguardar siempre el cumplimiento de los principios que constitucional y legalmente debe observar y hacer cumplir.»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION A

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00426-00(1679-12)

Actor: LUIS DANIEL VARGAS SANCHEZ y OTROS

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó Gisella del Carmen Díaz Martelo, Verónica Vargas Díaz y Luis Daniel Vargas Sánchez quien actúa en su propio nombre y en representación de sus menores hijos, contra la Procuraduría General de la Nación.

Por conducto de apoderado, pide que se declare la nulidad de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos el 24 de enero y 22 de mayo de 2006 por el Viceprocurador y Procurador General de la Nación, respectivamente, mediante los cuales se declaró responsable disciplinariamente a Luis Daniel Vargas Sánchez y se le impuso la sanción principal de destitución y la

accesoria de inhabilidad en el ejercicio de funciones públicas por el término de 13 años y se confirmó la decisión inicial por los cargos 1, 6 y 3 parcial, modificando la inhabilidad que quedó en 11 años.

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho pide reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales que se le causaron y a su esposa e hijos, con ocasión de los actos acusados; actualizar las sumas a reconocer conforme al índice de precios al consumidor, en la forma establecida en el artículo 178 del C.C.A.; ordenar el cumplimiento del fallo en términos de los artículos 176 y 177 ídem y reconocer y pagar las agencias en derecho en que hubiere incurrido.

Como hechos que fundamentan las pretensiones, relata los que se resumen a continuación:

Con base en una queja anónima presentada en la Procuraduría General de la Nación se inició en su contra una investigación disciplinaria por presuntas irregularidades relacionadas con la licitación SEDC 003 de 2002, por parte de la Gobernación de Bolívar, mediante la que se buscaba la adquisición de textos escolares de educación básica primaria con cuadernillos anexos de ejercicios para las instituciones educativas del departamento, dada su condición de Gobernador del departamento.

Mediante auto de junio 27 de 2003 se ordenó la apertura de la investigación y el 4 de marzo de 2004 se profirió auto de cargos, en que se formularon, entre otros, los siguientes: i) omisión de establecer reglas objetivas, claras y justas en el proceso licitatorio, con miras a favorecer a un proponente; ii) omisión en resolver las inquietudes formuladas por la firma Casa Editorial EU,

respecto al descarte de la propuesta presentada por la firma ASED Ltda. y iii) omisión en establecer que la cláusula de garantía de cumplimiento debía contemplar el amparo de calidad del bien o servicio, conforme al artículo 17 del Decreto 679 de 1994.

En el fallo de primera instancia se le sancionó por la comisión de tales faltas, las que fueron calificadas como gravísimas a título de dolo.

Contra el fallo de primera instancia interpuso recurso de apelación, resuelto por el Procurador General de la Nación el 22 de mayo de 2006 quien confirmó la sanción de destitución y se modificó la de inhabilidad quedando en 11 años.

A causa de la sanción disciplinaria, e incluso antes de su firmeza se generó un ambiente de desprestigio que llevó al retiro del apoyo del partido liberal al que pertenecía y en el que había puesto a consideración su nombre para ser candidato al Senado de la República, pero debido al fallo disciplinario fue retirado de la lista y se le retiró el aval de esa colectividad momentos antes del cierre de la inscripción; aun a pesar de lo anterior, obtuvo una alta votación que lo respaldó.

Los cargos que se invocan contra las decisiones demandadas son la violación del principio de legalidad por la interpretación restrictiva y sin consideración del principio de lesividad; violación de los principios de culpabilidad, defensa, congruencia, tipicidad, interpretación restrictiva; violación de los artículos 13, 17 y 165 inciso final de la Ley 734 de 2002.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la Procuraduría General de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Aseguró que en la investigación disciplinaria se demostró que el demandante desconoció principios de responsabilidad contractual, pues no efectuó una selección objetiva, favoreciendo a uno de los proponentes desde la etapa precontractual.

Que dentro de las funciones de la Procuraduría General de la Nación está la de investigar conductas irregulares en que puedan incurrir quienes desempeñen funciones públicas y su finalidad no es vulnerar el buen nombre y honra de las personas, sino velar por el cumplimiento y efectividad de los fines esenciales del Estado.

Que al realizar el análisis de la situación, la Procuraduría encontró los elementos fácticos y jurídicos para adoptar la decisión disciplinaria en los términos en que se hizo y el demandante no logró demostrar la exclusión de su responsabilidad disciplinaria.

MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Agente del Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó declarar probada la excepción de caducidad de la acción y en consecuencia, declararse inhibido para conocer el fondo de la controversia.

Se decide, previas estas:

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos el 24 de enero y el 22 de mayo de 2006, mediante los cuales se declaró disciplinariamente responsable al señor Luis Daniel Vargas Sánchez y se impuso la sanción principal de destitución y la accesoria de inhabilidad en el ejercicio de funciones públicas por el término de 13 años y al resolver el recurso de apelación se disminuyó la accesoria a 11 años de inhabilidad.

Antes de analizar el fondo de la controversia, la Sala estudiará si se configuró la caducidad de la acción, conforme a lo señalado en el concepto del Agente del Ministerio Público, así:

El fallo disciplinario de segunda instancia fue proferido el 22 de mayo de 2006¹; libradas las comunicaciones correspondientes para surtir su notificación, ni el demandante ni sus apoderados comparecieron para el efecto, razón por la cual se dispuso la notificación por edicto.

Según constancia visible a folio 58 de junio 27 de 2006 se ordenó la notificación por edicto; sin embargo, obra a folios 59 y 60 copia del edicto fijado el 22 de junio y desfijado el 27 de junio de 2006, es decir, ese no responde a la orden impartida el 27 de junio, pues tal fijación se realizó con anterioridad.

A folio 61 obra constancia del 7 de julio de 2006 en que se ordenó notificar por edicto a los apoderados del demandante, toda vez que a estos se les libraron telegramas posteriores al edicto fijado el 22 de junio de 2006 y para tal efecto se fijó uno nuevo el 7 de julio de 2006 y desfijado el 11 del mismo mes y

¹ Folios 115 a 215.

año².

Así las cosas, como la demanda se radicó el 14 de noviembre de 2006, es decir, el día hábil posterior al vencimiento de los 4 meses con que contaba el actor para radicar la demanda³, no se configuró la caducidad de la acción alegada.

Precisado lo anterior, la Sala analizará el fondo de la controversia, indicando que los cargos de que se acusa a los actos acusados, son los siguientes: falta de valoración del principio de lesividad, violación del derecho de defensa por haber modificado el título de imputación de los cargos, violación del debido proceso, violación del principio de confianza en cuanto se inaplicó la noción del riesgo permitido como causal excluyente de tipicidad, falta de valoración de la distribución funcional del trabajo con el fin de establecer responsabilidad, violación del principio de tipicidad e improcedencia de la sanción por prevalencia del derecho a la presunción de inocencia; tales cargos se estudiarán a continuación:

En primer lugar es necesario precisar que al señor Luis Daniel Vargas Sánchez se le inició investigación disciplinaria, en su condición de Gobernador del departamento de Bolívar por supuestas irregularidades ocurridas en la licitación No. SEDC 003 de 2002 cuyo objeto era la adquisición de 67.117 textos escolares de educación básica primaria, con los cuadernillos de ejercicios, para las instituciones educativas del departamento.

Surtido el trámite correspondiente, el Viceprocurador General de la Nación emitió fallo de primera instancia de enero 24 de 2006⁴ mediante el cual

² Folios 62 y 63.

³ De conformidad con el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

⁴ Folios 64 a 113.

declaró responsable disciplinariamente al señor Luis Daniel Vargas por las siguientes faltas: i) inobservar los principios de contratación estatal al no pronunciarse sobre la totalidad de observaciones formuladas respecto de los pliegos de referencia, que tipificó la falta prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y conllevó la infracción del artículo 34 numeral 1º ídem; dicha falta se imputó a título de culpa gravísima; ii) omisión del deber de vigilancia respecto de sus subalternos⁵, para evitar la evaluación irregular de las propuestas allegadas al proceso contractual, lo que conllevó desconocimiento del numeral 1º del artículo 34 ídem, falta imputada a título de culpa gravísima; iii) que a sabiendas de que las propuestas no cumplían los requisitos, siguió el proceso evaluativo, en lugar de descalificarlas desde el principio, lo que riñe con el deber previsto en el numeral 1º del artículo 34 ídem, falta gravísima imputada a título de culpa gravísima; iv) que la adjudicación del contrato a la firma ASED Ltda. no fue motivada en debida forma, pues no se expresaron las razones por las cuales se adjudicó el contrato a un oferente que no cumplió los requisitos en el proceso licitatorio fallido; conducta que desconoce la misma norma y contiene la falta típica consagrada en el numeral 31 del artículo 48 ídem, imputada a título de culpa gravísima; v) por no exigir al contratista que la póliza de garantía incluyera el amparo de calidad del bien, falta grave imputada a título de culpa gravísima.

El demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, decidido por el Procurador General de la Nación⁶ mediante fallo de segunda instancia del 22 de mayo de 2006 quien confirmó lo decidido respecto a los cargos primero, tercero parcial y sexto y modificó la sanción accesoria, disminuyéndola a 11 años.

El demandante sostiene que en los fallos disciplinarios no se valoró

⁵ Secretario de Educación y Secretario de Logística y Recursos Físicos.

⁶ Folios 115 a 215.

el principio de lesividad según el cual era necesario que se hubiera adjudicado la licitación, para estructurar la supuesta infracción disciplinaria, pues la materialización de la misma no se podía configurar a través de ejercicios teóricos y con base en violaciones hipotéticas de su deber funcional.

En torno al principio de lesividad, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente:

“Así, ha señalado que en materia disciplinaria, cualquiera que sea el régimen de que se trate, el legislador solo tiene atribución para estipular como falta aquellos comportamientos relacionados con las funciones asignadas a los servidores públicos y que afectan el cumplimiento de sus obligaciones, siendo el desconocimiento de esos deberes funcionales el único criterio de imputación^[22]. Es lo que se conoce como principio de lesividad, el cual constituye una garantía en beneficio de los destinatarios de la ley disciplinaria, en cuanto prevé que el quebrantamiento de la norma solo es reprochable cuando ésta ha sido concebida en función de preservar la eficacia y efectividad del servicio público.”⁷ (negrilla fuera de texto).

Conforme al entendimiento que la Corte Constitucional le ha dado al principio anotado, entiende la Sala que el mismo no conlleva asegurar que sea necesario que el proceso termine en la adjudicación, para que se estructure la falta, pues las conductas que se investigaban se referían a hechos que tuvieron ocurrencia dentro del proceso licitatorio que, por sí solos, constituían falta disciplinaria, sin necesidad de que se llegara a la etapa de adjudicación.

Respecto a lo anterior es necesario resaltar que algunos de los reproches disciplinarios formulados contra el actor consistieron en estipulaciones contenidas en los términos de referencia y evaluación de las propuestas, hechos que en efecto existieron y que por sí solos podían ser materia de investigación y sanción disciplinaria, aun a pesar de que el proceso licitatorio no culminara; así las cosas, no se probó el desconocimiento de tal principio.

Ahora bien, el demandante alega que el solo hecho de que exista

⁷ C-796 de 2004.

una contradicción puramente formal entre la acción y la norma, no implica que se configure la antijuridicidad sustancial. El artículo 5º de la Ley 734 de 2002 precisa cuándo una conducta es considerada antijurídica, así:

“Artículo 5º. Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”

La Corte Constitucional declaró exequible la disposición anterior, al considerar:

“Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones⁵⁶. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, **las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas** mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

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 contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad 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 consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria⁵⁷.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a **la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera**

el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.”⁸ (resalta la Sala).

En el caso analizado, los deberes funcionales del actor, en su condición de Gobernador del departamento de Bolívar, cuyo incumplimiento fue materia de investigación en el proceso disciplinario cuestionado, fueron los siguientes:

“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.” (numeral 1º del art. 34 Ley 734/02).

Lo anterior porque en sentir del juzgador disciplinario el demandante en su condición de ordenador del gasto y responsable del proceso de contratación, omitió fijar reglas claras, justas y objetivas bajo las cuales se debía desarrollar el proceso, desconociendo, entre otras normas, lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993⁹, en virtud del cual la responsabilidad de dirección y manejo de la actividad contractual está en cabeza del jefe o representante legal de la entidad, que lleva implícita la función de controlar y guiar la actividad conjunta de la entidad y para tal efecto, supervisar la actividad de sus subalternos.

Así mismo, en el tercer cargo parcial, se cuestionó el incumplimiento

⁸ Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

⁹ Como se refiere en el primer cargo formulado. El texto de la norma citada es el siguiente: “Artículo 26º.- *Del Principio de Responsabilidad.* En virtud de este principio: (...) 5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”

del deber consagrado en el artículo 2º del Decreto 287 de 1996¹⁰, que exige la contestación de todas las observaciones formuladas por los proponentes y en el sexto cargo se discutió la omisión del deber de cuidado que le asistía para efecto de verificar que en el contenido del contrato se hubiera establecido la garantía que debía prestar el contratista de constituir la póliza de cumplimiento, en que se incluyera la calidad del bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994¹¹.

Siendo ello así, como los hechos materia de investigación se relacionaban con la omisión del deber de cuidado del actor en la dirección del proceso contractual, que motivó el presunto favorecimiento a una de las editoriales participantes en la convocatoria, tanto por estipulaciones hechas en el pliego de condiciones, como por la calificación de las propuestas a pesar de no cumplir requisitos y en la omisión de pactar la cláusula de cumplimiento en que se incluyera el amparo de la calidad del bien o servicio, la Sala estima que no se trata de una contradicción puramente formal entre la acción y la norma, como lo pretende el demandante.

En efecto, cada una de las conductas investigadas y sancionadas se enmarcaban en el desconocimiento de deberes específicamente establecidos en las normas que la Procuraduría consideró desconocidas y no se trataba meramente de una contradicción con las mismas, sino que las omisiones investigadas tenían plena concordancia y relación con los deberes que en tal condición se exigían¹², de conformidad con la ley; por tanto, no se advierte que la violación del principio de antijuridicidad.

¹⁰ La norma citada consagra: “Artículo 2º.- Las observaciones formuladas por los oferentes a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad para la evaluación de las propuestas deberán ser resueltas por el jefe de la entidad estatal en el acto de adjudicación.”

¹¹ El artículo citado establece: “Artículo 17.- *De los riesgos que debe cobijar la garantía única.* La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas...”

¹² La condición de director del proceso contractual.

El demandante asegura que en el fallo de primera instancia se varió la calificación en cuanto al título de imputación subjetiva¹³ respecto de lo señalado en el auto de cargos, lo que vulneró su derecho de defensa, pues no tuvo oportunidad para controvertir las faltas atribuidas a ese nuevo título.

En efecto, el título de imputación de las faltas en el auto de cargos se hizo en calidad de dolo, mientras que en el fallo de primera instancia se varió la imputación quedando a título de culpa gravísima.

El sustento para tal decisión consistió en que no podía predicarse categóricamente que el actor hubiese actuado con dolo; sin embargo, dada la desatención elemental de sus funciones y el deber objetivo de cuidado, se configuraban los elementos para imputar las conductas a título de culpa gravísima.

A juicio de la Sala el cambio del título de imputación de la conducta endilgada en nada afecta o quebranta el derecho de defensa del actor, pues los hechos o las conductas u omisiones a él atribuidas no sufrieron modificación alguna y por ello, el ejercicio del derecho de defensa ante uno u otro título de imputación, pretendía desvirtuar la comisión de la conducta o la omisión en el cumplimiento del deber legal que se imputaba.

Esta Corporación ya se ha pronunciado sobre el particular, en los siguientes términos:

“Visto lo anterior, se puede concluir que aun así se altere la imputación de la sanción, lo que importa es que no se varíe el pliego de cargos, como en el presente caso, lo anterior resulta razonable por cuanto dentro del proceso disciplinario, bien sea de procedimiento ordinario ó verbal, se pueden

¹³ Dejó de ser a título de dolo, para imputarse como culpa gravísima y culpa grave.

presentar pruebas ó circunstancias (el obrar en estado de pasión ó bajo coacción ajena, la influencia de ciertas circunstancias, entre otros) que tiendan a atenuar ó a exonerar la falta cometida.”¹⁴ (se resalta)

Con base en lo anterior y con los argumentos antes expuestos, la Sala desestimaré el cargo por violación del derecho de defensa, alegado por el demandante.

La violación del derecho al debido proceso la hace consistir el demandante en que hubo una deformación de los supuestos fácticos, yerros en la apreciación de los hechos que afectaron el entendimiento de las pruebas, de modo que se les dio a éstas un sentido que no tenían.

En sentir del actor, en el proceso disciplinario se dijo que las especificaciones técnicas exigidas en el proceso licitatorio obedecían a un modelo pedagógico realizado por la firma ASED Ltda.; sin embargo, estaba demostrado que los libros publicados por el municipio de Bucaramanga son de propiedad de ese ente territorial y los docentes que crearon el modelo cedieron sus derechos al municipio y lo único que hizo esa firma fue editarlos, lo que desvirtúa que el proceso licitatorio estuviera direccionado para ser adjudicado a ella; otro reproche consistió en que era esa la única editorial que podía cumplir con las exigencias del pliego de condiciones, afirmación que no corresponde a la realidad; además, se endilgó responsabilidad a partir de los resultados del contrato celebrado con la Corporación TRES para la elaboración de los términos de referencia, a pesar de que este contrato no fue objeto de enjuiciamiento.

De conformidad con los términos de referencia, las exigencias de los textos escolares y cuadernillos de ejercicios de que trataba la licitación, debían

¹⁴ Sentencia de abril 12 de 2012, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00120-00(0930-10).

cumplir con las siguientes especificaciones técnicas y pedagógicas:

“El Modelo Pedagógico para la elaboración de los textos Escolares y sus respectivos cuadernillos de ejercicios, es el definido en los documentos “Marco General para la elaboración de Textos Integrados contextualizados en el Departamento de Bolívar”; diseño técnico pedagógico, para la elaboración de textos integrados correspondientes al primer grado, segundo grado, tercer grado, cuarto grado y quinto grado; elaborados por la Gobernación de Bolívar, los cuales se anexan al presente Pliego de Condiciones (Anexo No.1).

La presentación técnica de los Textos Escolares, deberá ajustarse a la NORMA TECNICA COLOMBIANA NTC 4724, elaborada por el Ministerio de Educación Nacional y el Instituto de Normas Técnicas y Certificación, ICONTEC.

Es obligatorio que los textos escolares se denominen PETE, correspondiente al grado 1º, PETE 1, al grado 3º, PETE 2, al grado 3º, PETE 3, al grado 4º, PETE 4 y al grado 5º, PETE 5.

Los textos escolares deben llevar incorporados en la portada, el logotipo del Proyecto PETE, el cual se anexa (Anexo No.2), igualmente deberán aparecer los logotipos del Departamento de Bolívar (Anexo No. 3) y del Plan de Desarrollo Departamental (Anexo No. 4).

El contenido de la página de PRESENTACIÓN, que debe llevar cada texto escolar será el que señale la Gobernación de Bolívar, a través de la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar (Anexo No. 5).

Los textos escolares se diseñarán y publicarán de manera tal que puedan ser utilizados por la población escolar en varios años lectivos. Por lo tanto, tendrán el carácter de NO FUNGIBLES. Los cuadernillos de ejercicio, en cambio, serán fungibles, esto es, no reutilizables. Cada juego texto Escolar (texto escolar y cuadernillo) debe contener no menos de 180 páginas.

Los proponentes deberán acompañar a su propuesta un “DEMOS o muestra” de los textos escolares por cada grado. El “DEMOS o muestra” que se acompañe a cada propuesta debe mostrar el diseño definitivo y la calidad definitiva en que se entregarán los textos escolares y sus respectivos cuadernillos. Cada DEMOS incluirá una unidad completa por cada grado, donde constate la metodología y diseño y no será inferior a 24 páginas cada uno.”

En el modelo pedagógico de integración curricular para la

elaboración de textos escolares¹⁵ a que remiten los términos de referencia, diseñado por la Corporación TRES para la Gobernación de Bolívar, se hizo alusión en repetidas oportunidades a la Serie Leer y Soñar el Mundo editada por la firma editorial ASSED Ltda. para el municipio de Bucaramanga¹⁶, tanto en pies de página¹⁷ como en el texto mismo del modelo propuesto, en especial los capítulos relativos a los resultados obtenidos por ese modelo¹⁸, el capítulo metas de comprensión construidas por los profesores¹⁹, los ejemplos de relatos y tópicos generadores que podrían tener los textos²⁰; y finalmente en la bibliografía, en donde puntualmente remiten a las cartillas 1, 2 y 3 de la referida serie.

Tales menciones específicas a la referida serie de textos son prueba de una preferencia por el modelo pedagógico ya trabajado por la empresa editorial ASSED Ltda. y a pesar de que en el modelo pedagógico fijado como marco para la convocatoria realizada por la Gobernación de Bolívar se hizo alusión a otros textos, como bien lo señala la parte demandante²¹, a ninguno de tales textos se le hizo una mención tan contundente y reiterada como ejemplo de modelo a seguir por el interesado en participar en la convocatoria, lo que denota un interés en favorecer dicho modelo que, obviamente ya había sido elaborado por tal firma para el municipio de Bucaramanga y ciertamente su experiencia sería tenida en cuenta al momento de decidir quién sería la editorial ganadora del proceso licitatorio.

Bajo el anterior supuesto, considera la Sala que tal como lo estimó la Procuraduría, en el proceso disciplinario sí se demostró que el actor, en su

¹⁵ Folios 3 a 27 del cuaderno 11.

¹⁶ Según constancia visible a folio 81 del cuaderno 8.

¹⁷ Folios 52, 56 y 64 del cuaderno 19.

¹⁸ Folio 52 y vuelto del cuaderno 19.

¹⁹ Folios 56 a 59 y reversos, del cuaderno 19.

²⁰ Folios 64 y 65 del cuaderno 19.

²¹ M.E.N. pequeños aprendices grandes comprensiones libro 1, El Saber Tiene sentido, editorial Cinep y Manual para la planeación el diseño y la producción de libros de texto SECAP.

condición de Gobernador del departamento de Bolívar faltó a su deber de cuidado para que las condiciones fijadas en los términos de referencia de la licitación tuvieran reglas objetivas, claras y justas que permitieran participar en igualdad de condiciones a todos los interesados.

Además, el hecho de que hubiera delegado en sus subalternos lo relativo a la elaboración de los términos de referencia y el texto mismo de la licitación, no implica una causal eximente de responsabilidad, máxime cuando de conformidad con los artículos 11 y numeral 5º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, su deber funcional consistía en dirigir el proceso contractual y, tal como lo ha sostenido esta Corporación, el acto de delegación de funciones no lo eximía de responsabilidad, así se ha discurrido:

“Del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 se desprende, así mismo, la **responsabilidad personal e indelegable** que asumen los representantes legales de las entidades descentralizadas, en todos los ordenes y niveles, no sólo para determinar la necesidad del suministro de un bien o servicio sino para direccionar la celebración de licitaciones o concursos y para la escogencia objetiva del contratista en cumplimiento de los principios que ordena la Ley 80.

Si bien el artículo 12 del mismo estatuto permite la delegación total o parcial de la competencia para la realización de la gestión contractual en general - que no es este el caso -, no es menos cierto que la responsabilidad continúa en cabeza del funcionario delegante, en tanto no podrá actuar con desvío o abuso de poder y ejercerá sus funciones conforme a los fines previstos en la ley, de tal manera que le está “prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.” (art. 24-8 ibídem).

Ahora, por expreso mandato legal (art. 51 ib.), el servidor público titular de la función no quedará excusado o eximido de la responsabilidad disciplinaria, penal y civil, si a ellas hubiere lugar, por sus acciones u omisiones en cumplimiento de sus actuaciones dentro de los procesos contractuales, en los términos de Constitución y ley.

No obstante que la Ley 80 de 1993 permite la delegación de la competencia para realizar los trámites propios de la contratación, el legislador evitó a toda costa que la responsabilidad de la entidad contratante en cabeza de su

representante legal se diluyera y por tanto debe entenderse que recae sobre su persona, así exista de por medio un acto de delegación en aras de llevar a cabo la gestión contractual, pero nunca dejando de lado su responsabilidad como ordenador del gasto y representante legal de la entidad quien debe salvaguardar siempre el cumplimiento de los principios que constitucional y legalmente debe observar y hacer cumplir.”²²

Por ende, no se desvirtuó la legalidad de los fallos disciplinarios, en cuanto sí hubo una comprobación de la omisión del deber de cuidado para que el proceso licitatorio siguiera con garantía de todos los principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia e igualdad de los posibles proponentes.

Igual ocurrió respecto a la comprobación de la omisión del deber de cuidado, vigilancia y supervisión sobre el texto del contrato²³ al omitir la exigencia de que la garantía de cumplimiento del contrato incluyera también la calidad del bien, garantizando de forma suficiente las obligaciones materia del contrato, pues tal omisión evidencia el descuido del actor de revisar los requerimientos que se harían al contratista en aras de que cumpliera adecuada y eficazmente el objeto contratado.

En cuanto al cargo consistente en la omisión de respuesta de la totalidad de observaciones formuladas al pliego de cargos, se demostró que, en efecto, se dejó de resolver la inquietud formulada por la Editorial E.U. en cuanto cuestionó la presencia de asesores de la Corporación TRES²⁴ en el equipo de la editorial ASSED Ltda., lo que ciertamente desconoce el deber descrito en el artículo 2º del Decreto 287 de 1996 “Por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993”., según el cual las observaciones formuladas por los oferentes deben ser resueltas por el jefe de la entidad estatal, entonces, al haber

²² Sentencia de febrero 7 de 2008, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-11811-01(2941-05), Consejero Ponente Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN.

²³ Suscrito posteriormente por la Gobernación con la firma ASSED Ltda, mediante contratación directa, debido a la declaratoria desierta del proceso licitatorio.

²⁴ Quien elaboró el Modelo Pedagógico de Integración Curricular para la Elaboración de Textos Escolares.

faltado a tal deber, por no haber resuelto todas y cada una de las observaciones formuladas, su omisión desconoce el deber legal previsto en la referida norma.

Los anteriores razonamientos permiten concluir que los cargos endilgados al actor y por los que fue sancionado disciplinariamente estaban suficientemente comprobados en la actuación disciplinaria y en el presente proceso no se desvirtuó la legalidad de los actos mediante los cuales se le declaró responsable y sancionó disciplinariamente, razón por la cual se despacharán desfavorables las súplicas de la demanda.

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

FALLA

Deniéganse las súplicas de la demanda promovida por Gisella del Carmen Díaz Martelo, Verónica Vargas Díaz y Luis Daniel Vargas Sánchez quien actúa en su propio nombre y en representación de sus menores hijos, contra la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO