

CONTRATO DE CONCESIÓN – Responsabilidad Objetiva – Deberes – Infracción de deberes – Conducta

Se concluye que la Procuraduría General de la Nación, adelantó cada una de las etapas del proceso disciplinario respetando el derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Los actos administrativos demandados fueron expedidos por funcionarios competentes, debidamente motivados y ajustados a la normatividad vigente para la época de los hechos, el disciplinado tuvo la oportunidad de presentar los argumentos de su defensa y los recursos correspondientes. Al actor, en su condición de servidor público y abogado de profesión, le correspondía analizar el acta de acuerdo complementario No. 5, compararla con el pliego de condiciones y el contrato de concesión, a fin de establecer si las cláusulas que habían sido pactadas previamente eran procedentes, se ajustaban a la normatividad vigente y no afectaban los intereses económicos de la empresa que legalmente representaba. En materia disciplinaria, lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos, sino la infracción de deberes por parte del funcionario público, que el comportamiento del infractor implique incumplimiento de sus deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan, y haya afectado las funciones que le impone el Estado Social de Derecho, pues tiene la obligación de velar por la garantía de la función pública, y la salvaguarda de los principios constitucionales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00071-00(2568-05)

Actor: MARIO FEDERICO PINEDO MENDEZ

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor Mario Federico Pinedo Méndez por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demanda de esta Corporación la nulidad de los actos administrativos contenidos en las decisiones de 2 de octubre de 2003 y 1 de julio de 2004, expedidos por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales se sanciona al actor con destitución e inhabilidad por cinco años

para el desempeño de funciones públicas, y la nulidad del Decreto No. 3863 de 22 de noviembre de 2004, expedido por la Presidencia de la República mediante el cual se ejecuta la sanción.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene la cancelación del registro de la sanción ante la Procuraduría General de la Nación, así como el pago de honorarios y demás emolumentos dejados de percibir por el doctor Pinedo Méndez en su condición de Concejal electo del distrito de Bogotá para el período 2004-2007.

Solicita además, que se cumpla la sentencia en los términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo y que si hay lugar a ello se condene en costas.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, relata los siguientes:

Mediante Decreto No. 60 del 17 de enero de 2001 el Gobierno Nacional nombró al Doctor Pinedo Méndez presidente de Ferrovías, cargo en que se posesionó el día 15 de febrero de 2001.

Doce días después de su posesión, y en su condición de representante legal de la entidad, el Doctor Pinedo firmó el acta de acuerdo complementario No. 5 al contrato de red férrea del Atlántico con la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia "Fenoco" a través del cual se establecían unos acuerdos tendientes a solucionar las diferencias que se venían presentando con respecto a la ejecución y cumplimiento del contrato.

La Procuraduría General de la Nación inició investigación disciplinaria contra el doctor Pinedo Méndez, con fundamento en denuncia anónima en la que se le acusaba de varias irregularidades de índole contractual.

El día 20 de agosto de 2003 la Procuraduría formuló pliego de cargos contra el doctor Pinedo Méndez, por haber firmado el acta No. 5 de 27 de febrero de 2001, incurriendo en varias irregularidades, dentro de las cuales se encuentra la de pactar un anticipo de 12.5 millones de dólares y acordar su pago sin exigir la constitución de póliza de buen manejo y correcta inversión; acordar con Fenoco la entrega de unos rendimientos financieros generándole así un incremento

patrimonial a dicha empresa; exonerar a Fenoco de responsabilidad por invasiones ocurridas con posterioridad al inicio de la concesión; conceder a Fenoco un nivel de inversión inferior al requerido en los pliegos de condiciones y extender el plazo para el cumplimiento de la obligación de 5 a 7 años.

Surtido el trámite del procedimiento gubernativo, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal profirió fallo disciplinario de fecha 2 de octubre de 2003 contra el doctor Pinedo Méndez mediante el cual lo sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años.

La Sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante acto definitivo proferido el 1 de julio de 2004, confirmó la decisión de primera instancia por considerar que las conductas cometidas por el doctor Pinedo Méndez son de naturaleza gravísima y dolosa.

A juicio del demandante las decisiones de la Procuraduría se adoptaron bajo una evidente responsabilidad objetiva que vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que el Ministerio Público no tuvo en cuenta los antecedentes para la elaboración del acta No. 5 sino únicamente la suscripción del documento.

Finalmente indica que en cumplimiento de los fallos disciplinarios anteriores, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3863 de 22 de noviembre de 2004, a través del cual hace efectiva la sanción disciplinaria, lo cual le impidió continuar desempeñándose como Concejal del Distrito de Bogotá, cargo para el que había sido elegido desde el día 26 de octubre de 2003, período institucional 2004-2007.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se citaron las siguientes:

- Constitución Política: artículos 2º, 4º, 13 y 29.
- Ley 200 de 1995: artículos 4º, 5º, 8º, 14, 16, 23 numeral 4º; 25 numeral 4º.
- Ley 734 de 2002: Artículos 5º, 15 y 18 por favorabilidad.
- Ley 80 de 1993, artículo 56.

Como concepto de violación de la normativa invocada, argumenta como primer cargo, que la sanción disciplinaria que se le impuso se constituyó sobre una clara responsabilidad objetiva que vulnera flagrantemente el derecho constitucional fundamental al debido proceso y además que la presunción de inocencia no se desvirtuó.

En el segundo cargo afirma que el tipo disciplinario sobre el cual descansa la falta que se le imputó (art. 25 numeral 4º de la Ley 200 de 1995) solo es sancionable si se comete a título de dolo, comportamiento que no probó la Procuraduría y que pretendió edificar acudiendo a la proscrita responsabilidad objetiva.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación mediante apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda por lo siguiente: Mediante auto de 14 de enero de 2002 ordenó la apertura de indagación preliminar contra varios servidores de la empresa Colombiana de vías férreas FERROVIAS, por la posible comisión de faltas disciplinarias relacionadas con la suscripción y ejecución del contrato de concesión con la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia FENOCO del 9 de septiembre de 1999, y por modificaciones que se realizaron a través de las denominadas actas de acuerdo complementario No. 5 y 7 de 27 de febrero de 2001 y 21 de mayo de 2002 respectivamente.

El 20 de agosto de 2003 se hizo imputación disciplinaria a Mario Federico Pinedo Méndez por 9 cargos al haberse configurado la infracción del artículo 25, numeral 4º de la Ley 200 de 1995, entre otros.

El 2 de octubre de 2003 la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal declaró disciplinariamente responsable al señor Mario Federico Pinedo Méndez por los cargos imputados y en consecuencia lo sancionó con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años, decisión que fue confirmada el 1 de julio de 2004.

En relación con el cargo primero invocado por el demandante, afirma que se encontraron indicios graves de que el doctor Mario Federico sí obró con dolo, es

decir, con conocimiento y que el hecho de que las negociaciones y los acuerdos estuvieran ya consolidados no lo eximían de revisarlos, aprehenderlos y verificarlos por el simple hecho de que solo 8 días antes se había posesionado y que no es cierto que se haya presentado responsabilidad objetiva ni que se hubiese vulnerado el derecho al debido proceso.

Respecto al segundo cargo, manifiesta la Procuraduría que es igual al anterior y que el fallo de primera instancia analiza el tema funcional de los deberes que le asistían al ahora demandante, pues el implicado conoció la existencia de un hecho típico y antijurídico y quiso su realización, por ser conocedor de la situación fáctica, tener pleno dominio sobre ella, y pudiendo y debiendo actuar de otra forma optó por apartarse de la ley con un fin consciente perseguido y obtenido, no simplemente por actuar negligente.

Finalmente indica que el fallo de segunda instancia precisa el fundamento jurídico del dolo, y en consecuencia, los cargos presentados no están llamados a prosperar.

Propone como excepción la carencia del derecho sustantivo, pues no existen normas que avalen sus pretensiones.

NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE

La Nación- Ministerio de Transporte mediante apoderado manifiesta que no le asiste razón al demandante para interponer demanda en su contra, toda vez que la decisión sancionatoria no fue proferida por el ente Ministerial.

Anotó que en el caso sub examine la potestad disciplinaria fue ejercida en su totalidad por la Procuraduría General de la Nación y no por el Ministerio de Transporte, pues este solamente se limitó a ejecutar la sanción impuesta. No por esta razón el Ministerio de Transporte debe responder por las imputaciones sobre las presuntas vulneraciones a las normas constitucionales y legales que reclama el actor.

En consecuencia, se opone a las pretensiones de la demanda en contra del Ministerio, por carecer de fundamento fáctico y legal ya que no existe prueba demostrativa de que el Ministerio de Transporte haya participado en la elaboración

del contenido material de la decisión sancionatoria expedida en virtud de la potestad disciplinaria preferente de la Procuraduría General de la Nación. Propone como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia del nexo causal por no existir actuación o conducta del Ministerio de Transporte respecto de los cargos de anulación, además de la genérica.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó negar las suplicas de la demanda.

Considera que la controversia jurídica radica en establecer si los actos acusados violaron el debido proceso y si la presunción de inocencia que alega el accionante no fue desvirtuada por la entidad de control disciplinario.

Al respecto, el Ministerio Público cita como normas en las que se centra el debate, el artículo 29 de la Constitución Política el cual establece entre otras garantías procesales, las del debido proceso, favorabilidad, presunción de inocencia y derecho de defensa; la Ley 200 de 1995, que contempla el principio de legalidad, debido proceso y finalmente los artículos 5º y 15 de la Ley 734 de 2002 que prevén la ilicitud sustancial y la igualdad ante la ley disciplinaria.

Posteriormente analiza el caudal probatorio existente, del que concluye que todas las pruebas y demás documentos son claros pormenorizados y contundentes en que el disciplinado Pinedo Méndez no veló por los intereses de la entidad que dirigía, toda vez que modificó sustancialmente el contrato de concesión de la Red Férrea del Atlántico suscrito con la sociedad Ferrocarriles del Norte Fenoco a través del Acta de Acuerdo No 5 de 27 de febrero de 2001. Con lo anterior se benefició al contratista de manera desmedida y con grave afectación al patrimonio público.

No comparte la apreciación hecha por el demandante en el sentido de exonerarlo de posibles responsabilidades por el hecho de llevar doce días de haber tomado posesión del cargo, pues el actor no puede alegar en su favor su propia culpa y esta afirmación en vez de exculparlo demuestra un flagrante desconocimiento de sus funciones y responsabilidades como presidente de la entidad.

En relación con la argumentación esbozada por el demandante en el sentido de no haberse dado aplicación al principio de presunción de inocencia, es claro para el Ministerio Público que la presunción de inocencia es una garantía procesal y un derecho fundamental consistente en que a quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en el fallo ejecutoriado.

En este sentido, esa presunción quedó efectivamente desvirtuada por los fallos de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal y de la Sala Disciplinaria. Precisó que la Corte Constitucional ha señalado que no hay violación al principio de presunción de inocencia, pues el proceso disciplinario constituye el instrumento jurídico idóneo para que el investigado presente los argumentos y las pruebas para su defensa, controvierta las que obran en su contra y en general desvirtúe los cargos que le puedan ser imputados.

Con base en las anteriores consideraciones la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicita denegar las súplicas de la demanda.

Para resolver, se

CONSIDERA

De las excepciones propuestas.

La Procuraduría General de la Nación, propone como excepción la carencia del derecho sustantivo, pues no existen normas que avalen las pretensiones del actor. Así mismo la Nación-Ministerio de Transporte, plantea la falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia de nexo causal por no existir actuación o conducta de esa entidad respecto de los cargos de anulación, así como también la excepción genérica.

La Sala se encargará de analizar únicamente la excepción de la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las demás son argumentos de la defensa que tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente las súplicas elevadas por el actor, y en consecuencia solo pueden ser estudiadas al decidir el fondo del asunto.

Argumenta el ente ministerial que el proceso disciplinario fue adelantado en su totalidad por la Procuraduría General de la Nación y no por el Ministerio de Transporte ya que éste solamente se limitó a ejecutar la sanción impuesta.

Para la Sala esta excepción está llamada a prosperar toda vez que si bien es cierto, el acto acusado por el cual se ejecutó la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, fue dictado por el Ministerio de Transporte y en este sentido podría concurrir como demandado al proceso, también lo es que dicho acto no contiene la sanción disciplinaria ni es la culminación del proceso adelantado por el ente de control, se limitó a cumplir la orden contenida en los actos producto del proceso disciplinario.

Lo anterior, por cuanto como se puede observar dentro del acervo probatorio, el señor Pinedo Méndez fue nombrado en el cargo de presidente de la empresa Colombiana de vías férreas Ferrovías, por el gobierno nacional y en consecuencia era a ese Ministerio al que le correspondía proceder a su desvinculación.

En este orden de ideas declarara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Transporte.

El debido proceso, la responsabilidad objetiva y la presunción de inocencia.

El actor argumenta que en el proceso disciplinario se violó principio al debido proceso, pues el ente investigador no probó su culpabilidad y lo sancionó aplicando la proscrita responsabilidad objetiva, no probó el dolo y además no desvirtuó la presunción de inocencia.

La Sala comenzará por realizar un breve análisis conceptual al respecto:

El derecho fundamental al debido proceso se encuentra establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, disposición que establece que tal prerrogativa constitucional debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

El artículo 5º de la la Ley 200 de 1995, por la cual se adopta el Código Disciplinario Único¹, vigente para la época de los hechos, establecía:

Artículo 5º: *"Todo servidor público o particular que transitoriamente ejerza funciones públicas deberá ser procesado conforme a las leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta disciplinaria que se le atribuya. Ante funcionario competente previamente establecido y **observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución y el ley** (...) "* (Negrillas fuera del texto)

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que lo anterior implica que en todos los campos donde se haga uso de la facultad disciplinaria, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso y en consecuencia el derecho de defensa.

Como se ha dicho en otras oportunidades, para que esa protección constitucional sea real y efectiva se hace necesario que tales formalidades o procedimientos se encuentren previamente señalados en un estatuto legal, de tal suerte que pueda determinarse de manera clara e inequívoca cuál ha de ser el comportamiento gubernativo o judicial a seguir en cada caso.

En relación con la responsabilidad objetiva, la Ley 200 de 1995, establecía:

Artículo 14º.- *Culpabilidad. En materia disciplinaria **queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva** y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.*

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-155/02, declaró exequible el artículo antes citado, precisando:

"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".

¹ Modificada por la ley 734 de 2002, la cual entró en vigencia el día 5 de mayo de 2002 y los hechos ocurrieron en el mes de febrero de 2001.

Es decir que corresponde al ente investigador adelantar el proceso disciplinario respetando garantías constitucionales, como son entre otras, el debido proceso y el derecho de defensa y que previo a imponer sanción debe probar la responsabilidad del disciplinado.

Al respecto es importante precisar que a diferencia del derecho penal, el derecho disciplinario no protege bienes jurídicos en estricto sentido. Lo que sanciona el derecho disciplinario es la infracción de deberes, que la conducta indebida haya afectado las funciones que impone el Estado Social de Derecho, pues se debe velar por la garantía de la función pública, y salvaguardar principios constitucionales como los de moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia.

Respecto a la presunción de inocencia, la Corte Constitucional ha establecido:

“Uno de los principios que expresan este criterio de legitimidad de las actuaciones públicas -administrativas y jurisdiccionales- es el de presunción de inocencia. Dicho principio aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria. De esta forma, como lo ha establecido esta Corporación, quien adelante la actuación disciplinaria deberá conforme las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional².

Es decir que la presunción de inocencia es un principio de rango constitucional, que está ligado al derecho al debido proceso, en virtud del cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable, presunción de la que se parte en el proceso disciplinario pero que puede ser desvirtuada por el ente investigador.

² Corte Constitucional. Sentencia T-969/09. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009).

Del fondo del asunto:

El problema jurídico se contrae a establecer la legalidad del acto administrativo contenido en decisión de fecha 2 de octubre de 2003, expedido por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal y fallo de segunda instancia de 1º de julio de 2004, expedido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, a través de los cuales se sancionó al señor Mario Federico Pinedo Méndez con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por cinco años.

Comenzará la Sala por analizar las diferentes etapas adelantadas durante proceso disciplinario, con el fin de establecer si se respetaron los derechos y garantías propios del derecho disciplinario.

- Se presentó escrito anónimo ante la Procuraduría General de la Nación el día 13 de junio de 2002, a través del cual se ponen en conocimiento algunas irregularidades relacionadas con el desarrollo del contrato de concesión de fecha 9 de septiembre de 1999 y los acuerdos complementarios No. 5 de 2001 7 y de 2002 (fls 1-9 c. 4).
- Por lo anterior, mediante auto de fecha 14 de junio de 2002, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, abrió investigación disciplinaria en contra de los señores Luis Diego Monsalve Hoyos y Mario Federico Pinedo Mendez en su condición de presidentes de FERROVIAS, auto notificado por Edicto el 16 de julio de 2002. Posteriormente el día 20 de agosto de 2002, la Procuraduría formuló auto de cargos contra los disciplinados (fls. 31-35,110, 121-213 c.4).
- El señor Mario Federico Pinedo Mendez confirió poder especial, amplio y suficiente al doctor Francisco Javier Gil Gomez para que lo representara en el proceso disciplinario (fl. 254 c.5).
- El abogado Francisco Javier Gil Gomez, en calidad de apoderado del señor Pinedo Mendez, presentó escrito de descargos y solicitó pruebas (fls 258-256 c.5).

- Mediante auto de fecha 14 de noviembre de 2002, la procuraduría resolvió la solicitud de pruebas negando unas y accediendo a otras, auto que fue apelado por los apoderados de los investigados, y confirmado por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, el 31 de enero de 2003 (fls. 395-403 c.4 y 464-472 c. 5).
- Mediante auto de 2 de mayo de 2003, la Procuraduría corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados oportunamente por el apoderado del señor Pinedo Mendez (fls. 828-829 y 875-878 c. 8).
- El 2 de octubre de 2003 la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal profirió fallo de primera instancia, mediante el cual declaró probados y no desvirtuados los cargos imputados a Mario Federico Pinedo Mendez, en consecuencia le impuso sanción disciplinaria consistente en destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco (5) años (fls. 879-985 c.8).
- Dentro de los términos de ley, el apoderado del señor Pinedo Mendez, presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. En su escrito se refirió a cada uno de los cargos, explicando las razones de su proceder y las inconformidades con el fallo apelado. En uno de los apartes explicó los fundamentos fácticos y jurídicos por los cuales existió ausencia de dolo y/o culpa en la conducta de Mario Federico Pinedo (fls. 1082-1118).
- La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, el primero (1) de julio de 2004, en fallo de segunda instancia confirmó la sanción impuesta al señor Mario Federico Pinedo. Se refirió a cada uno de los hechos, indicando las razones jurídicas por las cuales confirmó el fallo de primera instancia. Indicó las razones por las cuales los cargos 1 y 3 fueron catalogados como de naturaleza gravísima dolosa y los cargos 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 se atribuyeron de naturaleza dolosa.

De lo anterior se concluye que la Procuraduría General de la Nación, adelantó cada una de las etapas del proceso disciplinario respetando el derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Los actos administrativos demandados fueron expedidos por funcionarios competentes, debidamente motivados y ajustados a la normatividad vigente para la época de los hechos, el disciplinado tuvo la

oportunidad de presentar los argumentos de su defensa y los recursos correspondientes.

Ahora bien, de acuerdo con los cargos presentados en la demanda se observa que la principal inconformidad del actor, radica en que el ente investigador no probó el elemento de culpabilidad en el proceso disciplinario y en consecuencia impuso la sanción con fundamento en la proscrita responsabilidad objetiva.

Sin embargo, al revisar el acta No. 5 de 27 de febrero de 2001, y compararla con el pliego de condiciones de la licitación pública No 001 de 1999 y el contrato de concesión de fecha 9 de septiembre de 1999, observa la Sala que el señor Pinedo Mendez incurrió en las siguientes irregularidades:

- Pactó el pago de un anticipo de 12.5 millones de dólares que debía cancelar el Fiduciario al concesionario de inmediato con la suscripción del acta, anticipo que además de no estar previsto en el contrato, modificó las fechas y montos establecidos en el numeral 3.11.2 del pliego de condiciones.
- Para el pago del anticipo de los 12.5 millones de dólares, no exigió al concesionario la constitución de la póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo, de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993.
- Estableció que los rendimientos financieros que se generaran de los fondos retenidos en la fiducia con ocasión del incumplimiento del nivel mínimo de inversión, serían de titularidad del concesionario. De esta manera los rendimientos que correspondían al Estado los cedió al contratista.
- De acuerdo con el pliego de condiciones correspondía al concesionario asumir la defensa jurídica de todos los bienes entrados en concesión por hechos que ocurrieran a partir de la entrega de los mismos. Sin embargo a través del acta N. 5 exoneró a Fenoco de la responsabilidad sobre invasiones ocurridas con posterioridad al inicio de la concesión siempre que demostrara a Ferrovías que había dispuesto todos los medios

legales a su alcance para el saneamiento de las invasiones. Es decir exoneró a Fenoco de responsabilidades que estaban pactadas en el contrato de concesión.

- Modificó las condiciones establecidas en el pliego de condiciones numeral 3.11.3, sobre la destinación de los aportes generados con el contrato suscrito con la sociedad Drummond Ltda.
- Otorgó al concesionario un nivel de inversión inferior al requerido en los pliegos de condiciones, toda vez que admitió que cumpliera con un nivel de inversión mínimo del 80% de los planes anuales, siendo que en los pliegos y en el contrato se exigía el 100%.
- Estableció que la obligación de Fenoco de obtener la financiación del proyecto bajo su cuenta y responsabilidad, era una obligación de medio y no de resultado como lo estipulaba el pliego de condiciones y el contrato.
- En el numeral 12 le concedió a FENOCO un plazo máximo de rehabilitación- reconstrucción de la vía concesionada de siete (7) años a partir de la fecha de suscripción del acta, cuando en el pliego de condiciones, numeral 3.5.1.1 comprendía un plazo máximo de cinco (5) años.
- Eximió a Fenoco de obtener reembolsos previa comprobación de la ejecución de las obras por parte del interventor de Ferrovías, toda vez que se autorizó efectuar pagos con la simple verificación de facturas, órdenes de compra o contratos. De esta manera eliminó los controles impuestos para la inversión de los aportes.

Sobre el acta de acuerdo complementario No. 5 antes cuestionada, el actor argumenta que ésta ya estaba elaborada, discutida y revisada por los asesores de FERROVIA y FENOCO, cuando se posesionó y que la firmó amparado en el principio de buena fe, sin intención alguna de causarle daño al patrimonio del Estado.

La Sala no comparte los argumentos presentados por el actor, toda vez que el artículo 6º de la Constitución Política establece que los servidores públicos no sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, compete al servidor público cumplir fielmente con los deberes que la ley o los reglamentos le imponen desde el mismo día en que toma posesión de su cargo.

Al actor, en su condición de servidor público y abogado de profesión, le correspondía analizar el acta de acuerdo complementario No. 5, compararla con el pliego de condiciones y el contrato de concesión, a fin de establecer si las cláusulas que habían sido pactadas previamente eran procedentes, se ajustaban a la normatividad vigente y no afectaban los intereses económicos de la empresa que legalmente representaba.

En materia disciplinaria, lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos, sino la infracción de deberes por parte del funcionario público, que el comportamiento del infractor implique incumplimiento de sus deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan³, y haya afectado las funciones que le impone el Estado Social de Derecho, pues tiene la obligación de velar por la garantía de la función pública, y la salvaguarda de los principios constitucionales.

Es por esto que para imponer la sanción disciplinaria se hace necesario que el ente investigador realice un juicio de valor respecto del deber que el funcionario público estaba obligado a cumplir y la conducta por él realizada.

Por lo anterior, la Sala concluye que las imputaciones hechas al actor no se hicieron bajo el esquema de una responsabilidad objetiva como él lo afirma; por el contrario, se estructuraron con fundamento en su actuación irregular, y en el hecho de que en su condición de presidente de la empresa colombiana de vías Férreas FERROVIAS, modificó el contrato de concesión de fecha 9 de septiembre de 2009, vulnerando los principios de la contratación estatal y causándole graves perjuicios al erario público.

³ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Elementos y propuestas para el control contencioso Administrativo de la actividad Disciplinaria. Volumen 3. P. 61.

En relación con la presunción de inocencia, se observa que el ente investigador logró desvirtuarla al demostrar que el señor Pinedo Mendez, sin justificación alguna, incumplió con los deberes propios de su cargo, trasgrediendo la Constitución Política, la Ley 200 de 1995 y la Ley 80 de 1993 entre otras, y en consecuencia era procedente imponer sanción disciplinaria.

Por último es importante precisar que si bien es cierto los actos administrativos proferidos por la Procuraduría, están amparados por la presunción de legalidad, también lo es que están sometidos en su integridad, sin limitación alguna al control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin embargo no debe considerarse a esta jurisdicción como una tercera instancia, para reabrir el debate probatorio.

Es decir, ante esta instancia se debe plantear un debate probatorio sustancialmente distinto, que otorgue nuevos elementos jurídicos o probatorios y no los mismos argumentos o elucubraciones jurídicas expresados ante la autoridad disciplinaria, como ocurrió en el asunto objeto de estudio.

Así las cosas, la Sala concluye que los actos acusados se ajustaron a derecho, se respetaron los principios y garantías del investigado y en consecuencia, las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar.

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

FALLA

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. Ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO