

CONTRATACION ESTATAL- Cumplimiento de los requisitos previos - principios de transparencia - selección objetiva

[...][L]a jurisprudencia elaborada por esta Corporación, ha precisado lo siguiente:

“Por tanto, considera la Sala, que cuando el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, hace alusión al certificado de disponibilidad presupuestal, lo establece como un requisito previo, accidental al acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, el cual, debe entenderse como a cargo del servidor público, cuya omisión, en los casos en que se requiera, genera responsabilidad personal y pecuniaria según indica el inciso final del mismo artículo 49 ya citado. En este sentido, no constituye entonces requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, que como se indicó, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa.[...]

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01830-01(2151-08)

Actor: HERNAN MURILLO SAAVEDRA

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:

HERNÁN MURILLO SAAVEDRA por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó de esta Corporación, la nulidad de las decisiones de 17 de septiembre de 2005 y 16 de diciembre del mismo año, expedidas por la Procuraduría General

de la Nación, por medio de las cuales le impuso la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos y funciones públicas por 14 años.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados impetró el correspondiente restablecimiento del derecho.

HECHOS:

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones se resumen así:

Fue elegido Alcalde del municipio de Purificación (Tolima) para el periodo constitucional 2004 - 2007. Tomó posesión el 1 de enero de 2004.

Como consecuencia de unas quejas presentadas en su contra, la Procuraduría General de la Nación el 8 de marzo de 2005, ordenó la apertura de investigación disciplinaria y lo suspendió provisionalmente por tres meses, término que luego prorrogó por un periodo igual.

Respondió el pliego de cargos que se le formuló el 10 de junio de 2005, y solicitó se decretaran y practicaran las pruebas que consideró conducentes para su defensa. Mediante auto de 22 de julio de 2005, fueron parcialmente decretadas, pese a haberlo impugnado, fue confirmado en todas sus partes.

Se decretó el testimonio de Olga Milena González y Yesid Penagos, pero por circunstancias atribuibles a la Procuraduría General de la Nación, no se pudieron practicar, pues en la fecha inicialmente señalada no pudieron comparecer por residir fuera de la ciudad, y tampoco lo pudieron hacer en la segunda oportunidad porque la citación la recibieron el día anterior a la fecha fijada. Tampoco resultó viable cumplir la orden que le impartió la Procuraduría para que el apoderado los condujera, y luego se le recriminara por ello.

La Procuraduría General de la Nación no le permitió controvertir la prueba pericial realizada por el Contador Público Julio Alberto Duarte, pues si bien la recibió la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales el 29 de agosto de 2005, nunca fue agregada al expediente, teniendo en cuenta que se le abrió un cuaderno

aparte que mantuvo bajo reserva el abogado investigador, y con sorpresa se enteró que el término para objetarlo había vencido.

Desde el 29 de agosto de 2005 informó a la Procuraduría su nueva dirección para efectos de notificaciones, sin embargo, aquellas relativas a la prueba pericial nunca le llegaron.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Estima vulnerados los artículos 29, 121, 123 y 209 de la Constitución Nacional; 2 y 35 del C. C. A., y 28 numeral 6, 128, 141 y 142 de la Ley 734 de 2002.

Al explicar el concepto de la violación de la normativa invocada expresa que con la expedición de los actos acusados se violaron las disposiciones Constitucionales y Legales citadas, en especial los derechos fundamentales al debido proceso, principio de legalidad, presunción de inocencia y buena fe.

Afirma que se desconoció la realidad fáctica y jurídica por la desconexión entre lo dispuesto en las Resoluciones Nos. 002 y 0012 de 2 de enero y 10 de febrero de 2003 y los procesos de selección atinentes a las órdenes de servicio Nos. 015, 016, 017, 018, 054, 076, 090 y 095 de 2004, porque entre los argumentos expuestos en los actos acusados y el acervo probatorio allegado al expediente existe enorme distancia en detrimento de su situación, pues se apartaron de las normas en que debían fundarse.

La sanción disciplinaria se originó en la supuesta inaplicación de las Resoluciones Nos. 002 y 0012 de 2 de enero y 10 de febrero de 2003 para la selección de contratistas y proveedores de servicios, concretamente en relación con las órdenes de servicio citadas.

El sentido de las citadas Resoluciones fue establecer controles y exigencias en la etapa precontractual para la adquisición de bienes y servicios para uso doméstico de la administración (aseo, atención de menores, lavandería, etc.), no para todos los bienes y servicios como erradamente lo interpretó la Procuraduría.

Los servicios contratados con el “Parador Turístico” se hicieron para atender las necesidades de la comunidad, no para adquirir bienes de uso doméstico de la administración.

Al exigir la aplicación de las citadas Resoluciones en los servicios contratados con el “Parador Turístico” diferentes a los de uso doméstico, les imprimió una interpretación y alcance que no tienen, razón por la cual se debe decretar su nulidad.

Al afirmar los actos acusados que las órdenes de servicio anteriormente citadas se emitieron sin efectuarse previamente la verificación de los precios del mercado del municipio de Purificación, incurrieron en un error de hecho, en razón a que las pruebas señalan lo contrario, pues la verificación de los precios del mercado de dichos servicios fueron efectuados por la señora Sandra Patricia Cifuentes, Secretaria General de la Alcaldía, como lo corroboran las constancias de 11, 12 y 26 de febrero, 19 de marzo y 23 de abril de 2004, así como la certificación expedida por el Coordinador del Plan de Atención Básica.

En otros términos, contrario a lo afirmado por la Procuraduría General de la Nación, no violó los artículos 29 de la Ley 80 de 1993 y 2 del Decreto 855 de 1994.

No existió un interés personal y subjetivo tendiente al favorecimiento de la comerciante María del Rosario Morales Murillo con la ejecución de las órdenes de servicios mencionadas, como lo afirma la entidad demandada en los actos acusados, pues no demostró en qué consistieron.

En efecto, no existe prueba siquiera sumaria que le hubiera permitido a la Procuraduría General de la Nación concretar, identificar y darle nombre a los favorecimientos supuestamente recibidos, pues en los actos acusados se hacen afirmaciones genéricas y abstractas que resultan irrelevantes para producir efectos jurídicos, si se tiene en cuenta que los precios que dicha comerciante ofreció son razonables en el mercado.

La decisiones acusadas desconocieron la realidad fáctica y jurídica que acompañó las órdenes de servicios cuya beneficiaria fue la señora María del Rosario Morales

Murillo, representante legal del establecimiento de comercio “El Parador Turístico”, prima hermana suya, en relación con la prohibición establecida en el artículo 1º de la Ley 821 de 2003.

Los fallos no consideraron la versión que espontáneamente rindió, como tampoco la información aportada al expediente, pues las órdenes de servicios se dieron respecto de un establecimiento de comercio, pero no a nombre propio de la persona que la Procuraduría siempre tuvo como su pariente.

Se emitieron las órdenes de servicios materia de la investigación bajo el absoluto convencimiento de que se trataba de contratos acordes al ordenamiento jurídico, es decir, asumiendo la creencia de la inexistencia de restricción legal.

Pone de presente que mediante oficio de 5 de enero de 2004 fue orientado por el Jefe de la Oficina Jurídica del municipio, en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contractuales, concepto en el que no se le hizo referencia a las señaladas en la Ley 821 de 2003. Agrega, que por estar recién posesionado y desconocer temas jurídicos, actuó convencido que para la contratación pública del municipio tan sólo eran aplicables las inhabilidades establecidas en las Leyes 80 de 1993 y 617 de 2000, situación que le reiteró el abogado Henry Peña en el concepto que emitió el 2 de enero de 2004, por lo que considera que su conducta nunca estuvo revestida de dolo o culpa grave.

Pese a lo anterior, para evitar consecuencias nocivas al interés público y al patrimonio del municipio, ordenó dar por terminado por mutuo acuerdo dichas órdenes de servicio, y los dineros que ya habían sido pagados fueron reintegrados al municipio, subsanándose los despropósitos cometidos por desconocimiento del orden jurídico y para salvaguardar el patrimonio público, proceder con el que demuestra su actitud honesta, pues su conducta nunca estuvo revestida de dolo o culpa grave, es decir no pasó siquiera por su mente la intención de causar daño al erario y a los intereses públicos, y por esa razón se le debió absolver. Por no proceder así el ente demandado, considera que los actos acusados fueron falsamente motivados.

Los actos que lo sancionaron desconocieron la realidad fáctica y jurídica que acompaña las órdenes de los servicios contratados con el Parador Turístico al atribuírsele haber cumplido los compromisos derivados de ellas, sin encontrarse

debidamente perfeccionados los contratos. Cargo que no debió prosperar, pues los presupuestos jurídicos que lo sustentan no son ciertos y corresponden a una interpretación distorsionada de la Ley contractual y presupuestal.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 71 del Decreto 111 de 1996 y 25 numeral 6 de la Ley 80 de 1993, toda obligación contraída por las autoridades en materia de contratación debe estar precedida materialmente de la existencia de rubro o partida la cual debe ser acreditada formalmente con el certificado de disponibilidad presupuestal. Ello quiere decir que el requisito legal esencial desde el punto de vista presupuestal para sustentar el inicio de cualquier proceso de contratación es la existencia de recursos y no el documento formal de disponibilidad como erradamente lo entendió la Procuraduría en el contenido de los actos acusados, pues es posible iniciar un proceso de selección de contratistas sin la existencia física del certificado de disponibilidad presupuestal siempre y cuando exista la certeza de la existencia de rubro o partida para la contratación, pues así lo entendieron la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al precisar el alcance de las disposiciones antes señaladas.

No obstante lo expuesto, el juzgador en las consideraciones que fundamentaron la sanción, incurrió en imprecisiones jurídicas contrarias al marco legal y jurisprudencial antes referido, pues el hecho de que hubiera ejecutado el contrato y su registro presupuestal se hubiere realizado con posterioridad no constituye una conducta irregular y menos de trascendencia disciplinaria.

Los procedimientos de selección de contratistas se prueban con sustentos normativos, y no con testigos, por lo que no entiende como la expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal y su registro pueda ser un indicio de ilegalidad, si se hizo de manera oportuna con sujeción a la Ley.

En consecuencia, el cargo que en ese sentido le formuló la entidad demandada resultó falsamente motivado, pues considera que al fundamentarse en interpretaciones erróneas de la ley le vulneró derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, en especial el debido proceso y el derecho de defensa.

Además, las pruebas decretadas no fueron analizadas en su conjunto, como se evidencia en el contenido de los actos acusados.

Los testimonios ratifican que las compras criticadas por la Procuraduría tuvieron un fin diferente al doméstico, y reafirman que la versión que rindió no fue mentirosa.

Algunas versiones acogidas por la Procuraduría la llevaron a concluir que el contrato estatal se perfecciona con el registro presupuestal, sin embargo, otros testigos expertos opinaron diferente al respecto, por ende los argumentos de los que se valió para comprometer su responsabilidad estuvieron apoyados en pruebas débiles y fuera de contexto, aunado al hecho de que se le impidió controvertir la prueba pericial.

Los actos acusados desfiguraron y le dieron un alcance irregular e ilegal al concepto del deber funcional del que se valió para sancionarlo, pues lo halló responsable por incumplir los deberes funcionales, esto es, por inobservar lo dispuesto en los artículos 11 numeral 1º y 26 y numeral 5 de la Ley 80 de 1993, apoyada en una interpretación errónea de las funciones que le fueron asignadas por virtud de lo dispuesto en la Constitución Nacional y el Decreto 1222 de 1986, desconociendo su carácter genérico.

Sin justificación se le atribuyó un supuesto deber y vigilancia en materias jurídicas relativas a procesos contractuales, cuyos deberes de vigilancia y control de acuerdo a la distribución de funciones y competencias administrativas correspondían por la época de los hechos no sólo a la oficina jurídica tal como se desprende del manual de funciones, sino también al grupo de asesores externos contratados para dichos efectos, aspectos que no fueron analizados por la Procuraduría General de la Nación.

De conformidad con los artículos 303 y s.s. de la Constitución Nacional, en concordancia con lo establecido en el artículo 95 numeral 19 del Decreto 1222 de 1986, su deber funcional se circunscribía de manera general a ejercer y dirigir la acción administrativa, impartiendo órdenes adecuadas a sus secretarios y demás funcionarios para que cumplieran debidamente y de manera oportuna sus funciones.

No pudo haber omitido un deber funcional de vigilancia y control en aspectos estrictamente jurídicos, porque ni constitucional, ni legalmente tiene funciones de

ese carácter, y si la Procuraduría pretendía investigar y sancionar la supuesta violación de principios contractuales o problemas que surgieron en la etapa precontractual, debió determinar el responsable funcional, es decir, las personas que de acuerdo con sus funciones al interior de la administración municipal tenían el deber y responsabilidad del control de carácter jurídico en los aspectos que se le cuestionó, y por ello considera que su situación debió analizarse frente a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Disciplinario.

La tipificación de la conducta es vaga, deficiente y lesiva a las garantías del debido proceso, ya que se establece como falta gravísima el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa en las etapas precontractual y contractual, sin que se concrete de manera taxativa y específica el tipo de conductas que configuran el comportamiento prohibido.

El Legislador al tratar de ampliar el catálogo de infracciones disciplinarias, mediante el señalamiento como falta gravísima del desconocimiento de los principios de contratación y función administrativa, incurrió en violación al principio de legalidad y tipicidad, pues los principios, por sí solos, no pueden servir de instrumento para la descripción de comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias dada su vocación normativa de carácter general, razón por la cual la Corte Constitucional precisó que no es suficiente la simple manifestación de haber vulnerado un principio, sino que resulta exigible su descripción y determinación conforme a las disposiciones de rango legal y constitucional de aplicación directa, y al no procederse de esa forma, resulta contrario a la concreción y especificidad que se requiere para la tipificación de las conductas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló en síntesis como razones de su defensa, las siguientes:

El actor plantea una serie de hipótesis interpretativas, que no fueron planteadas en la vía gubernativa que buscan convertir al Consejo de Estado en una tercera

instancia, sin considerar la potestad que le asiste a la Procuraduría como juez disciplinario, y por ello solicita un pronunciamiento al respecto.

La Resolución 002 y los Decretos 0012 de 2 de enero y 10 de febrero 2003, expedidos por la administración municipal, se originaron en la necesidad de establecer controles para la adquisición de bienes y servicios en general, conforme a la evaluación de precios y calidad que debió hacer el Comité de Compras, creado como guardián de los principios de la transparencia, eficiencia, economía y celeridad, y no como lo interpretó el demandante al pretender circunscribir la aplicación de dichos actos a la adquisición de aquellos bienes que denominó de “uso doméstico”. Los empleados del municipio señalaron en sus declaraciones que estaban excluidos del comité evaluador y por ende de los estudios de precios, los pagos que se efectuaban a las ARP, EPS y de algunos convenios.

En ese orden de ideas, los contratos materia de cuestionamiento se celebraron sin observar la formalidad previa establecida en la Resolución y Decreto citados, y por esa razón la sanción fue impuesta.

Tampoco resulta de recibo el argumento de que la Secretaria General y el Coordinador del Plan de Atención Básica hicieron el sondeo de precios respecto de los servicios contratados con el “Parador Turístico”, entre otras circunstancias, por cuanto fue el único oferente, y en los informes que dichos empleados rindieron no se especifican los bienes y servicios materia de cotización, como tampoco los precios para poderlos comparar.

Respecto al cargo que el actor hizo consistir en la inexistencia de interés personal y subjetivo para favorecer a la señora María del Rosario Morales, debe tenerse en cuenta que no se hizo el estudio de precios exigido en la etapa precontractual, como tampoco a través del Comité de Compras como lo ordena la Resolución 002 y Decretos 0012 de 2 de enero y 10 de febrero 2003 expedidos por la administración. Además los testigos Juan Carlos Lozano, Damaris González, María Castañeda y Flor Emma Villanueva, manifiestan haber cotizado similares servicios a los prestados por la beneficiaria de las órdenes de servicio, sin ser favorecidos.

En cuanto al reparo de que los fallos inadvirtieron la versión que rindió y la información aportada al expediente, donde no se consideró que las órdenes de servicios se dieron respecto de un establecimiento de comercio, pero sí a nombre de la persona que la Procuraduría tuvo como su pariente, y donde se echó de menos que obró bajo el absoluto convencimiento de que se trataba de contratos acordes al ordenamiento jurídico, es decir, asumiendo la creencia de la inexistencia de restricción legal, dicha argumentación resulta irrelevante.

En los actos acusados se expuso que el disciplinado y la señora María del Rosario Morales ratificaron la existencia del vínculo de parentesco (cuarto grado de consanguinidad), aspecto al que hizo referencia el testimonio del abogado Henry Ovan Peña, donde le advirtió sobre la incompatibilidad, y pese a ello, a pesar de la advertencia que le hizo en el mes de mayo de 2004, suscribió tres órdenes más, es decir, el elemento disuasivo no surtió efectos.

En el fallo de segunda instancia, además de tener en cuenta las manifestaciones hechas por el alcalde y la contratista respecto de su parentesco, hizo precisión sobre la documentación remitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Parroquia de Purificación, que determinaron que son primos hermanos. En dicha decisión también se analizó el aspecto relacionado con el conflicto de intereses que surgió por el hecho de haber suscrito el contrato de arrendamiento con su prima, situación que no pudo generar el error alegado por cuanto era su segundo periodo como alcalde, y conocía las prohibiciones y deberes propias del cargo, tornando en parcial el proceso de selección.

No es admisible el argumento de que desconocía las normas sobre inhabilidades o incompatibilidades por no tener formación en temas jurídicos, y por no haber sido informado al respecto por sus asesores, pues quedó demostrado que para el 24 de abril de 2004 ya conocía el nuevo concepto sobre el tema y a pesar de ello contrató con su prima.

Luego de hacer algunos comentarios respecto de las etapas precontractual, contractual y poscontractual, señala que las órdenes de servicio emitidas por el actor, materia de la investigación, nunca contaron con el registro presupuestal.

No viene al caso debatir si es exigido o no el certificado de disponibilidad presupuestal como requisito para perfeccionar los contratos, pues a lo que se

refiere el artículo 71 de la Ley 111 de 1996, es al registro presupuestal con la finalidad de evitar que otros gastos asumidos por la administración, impidan asumir el costo de los compromisos adquiridos anteriormente.

Es absurdo que se afirme en la demanda que el cargo imputado al actor es ambiguo por el hecho de decir que los contratos no contaban con el registro presupuestal correspondiente, pues más bien es una confusión conceptual del demandante respecto a la importancia de dicho registro, requisito que no es simplemente formal, sino una herramienta trascendental como lo aseguraron los testigos Jesús Iván Cárdenas, Luis Javier Cleves, Guillermo Alberto Ortiz y Pedro Antonio Ortiz.

Al margen de que exista contradicción, ello no enerva la exigencia del registro presupuestal establecido en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, y por tanto, es acertado que los actos acusados se centren a establecer si los contratos contaban o no con el citado registro.

El análisis de lo afirmado por los testigos, independientemente de que ratificaran o no, lo dicho por el demandante en su versión, en cuanto a la finalidad doméstica o de uso diario de las compras, lo cierto es que coinciden en la necesidad de comparar los precios de las ofertas para asegurar una selección objetiva.

Cuando se indica que el demandante contrató con desconocimiento de las facultades del Comité de Compras y de las normas que exigen el registro presupuestal, no se está afirmando que debía tramitar y hacer el análisis de precios o el registro presupuestal, pues si bien otros servidores debían cumplir con dicho trámite, se le atribuyó haber desconocido el análisis de precios para contratar, y omitir el registro presupuestal al momento de ejecutar el contrato.

El hecho de que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de julio de 2001, hubiera concluido que no ha debido atribuirse responsabilidad a determinada persona por la conducta que debían desplegar otros servidores, no implica que en el presente asunto el actor a su libre albedrío pudiera contratar sin contar con el registro presupuestal y el análisis de precios.

El los términos de los artículos 303 y s.s. de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 95 numeral 19 del Decreto 1222 de 1986, al demandante nunca se le cuestionó el no velar porque los servidores públicos cumplieran sus funciones, sino por no atender los procedimientos contractuales.

Las conductas descritas conllevan la consecuente destitución en los términos del artículo 48 numerales 1, 17 y 22 de la Ley 734 de 2002 por infringir el régimen de inhabilidades para contratar y asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes, y por no contar con el análisis de precios para contratar con violación de los principios de transparencia y selección objetiva previstos en el numeral 31 ibídem.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

Al demandante se le cuestionó por haber suscrito en el año 2004 nueve órdenes de servicio a nombre del “Parador Turístico”, sin cumplir con los requisitos exigidos para el trámite de la contratación directa, atendiendo la Resolución 002 de 2 de enero de 2003, esto es, conforme a los presupuestos establecidos por la misma administración, y específicamente por no haber hecho los estudios de mercado. Sin embargo, al revisar el objeto contractual, se establece que fue para el suministro de restaurante, almuerzos, platos a la carta, bolsas de agua y gaseosas, es decir, no ameritaba un estudio pormenorizado de los precios en el mercado como se consideró en los actos acusados, pues atendió el concepto de la contratación directa que autoriza al ordenador del gasto la selección directa del proveedor, permitiéndole invitar a personas naturales o jurídicas, sin mayor consideración que el servicio que se requiere.

Por lo tanto, la administración no efectuó el estudio de mercado, porque estimó que no era indispensable, atendiendo el objeto contractual que no exigía una comparación pormenorizada de los precios del servicio que prestan los restaurantes, como para concluir que se desconocieron los principios de transparencia y selección objetiva.

Además, es necesario tener en cuenta que en el evento de que fuera necesario realizar estudios de mercado, no era al alcalde a quien correspondía hacerlo sino a la Secretaría General, atendiendo el concepto del deber funcional, porque es cierto como lo asegura el apoderado del actor que en el proceso contractual participan varios funcionarios, quienes deben responder por cada etapa en relación con el deber asignado, porque si bien como jefe de la entidad estaba obligado a ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos para escoger contratistas, ello no implica que deba responder por los actos inherentes a sus subalternos como lo entendió la Procuraduría.

También, se debe aclarar que la Resolución 012 de enero 2 de 2003 fue modificada por el Decreto 0012 de 2003, en el sentido de excluir los bienes diferentes a los de uso doméstico del requisito atinente a los estudios del mercado y que según, el testimonio del señor Juan Carlos Bessolo, Secretario General de la Alcaldía aseguró que el asesor externo Azael Ospina proyectó el acto con el fin de darle autonomía al Comité de Compras para que se investigaran los precios del mercado de las contrataciones, excluyendo aquellos que no fueran de uso doméstico, y por ello la orden del demandante no puede considerarse contraria a la Ley 80 de 1993 y sus Decretos reglamentarios. En ese sentido, no puede afirmarse que el actor violó dicha Ley y sus Decretos reglamentarios, como tampoco la Resolución 002 de 2003.

Respecto del segundo cargo que se le formuló al actor, consistente en haber ordenado las citadas órdenes de servicios con la señora María del Rosario Morales Murillo, representante legal del "Parador Turístico", prima hermana suya, con violación a la prohibición impuesta por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003, se tiene que no se allegó la prueba documental que demostrara el parentesco de consanguinidad, y a pesar de que en sus versiones reconocieron el hecho del parentesco, considera la Delegada que no es el medio idóneo para demostrar tal supuesto fáctico.

Por último, en lo que respecta al cuestionamiento que se hizo por la ausencia del registro presupuestal como elemento del perfeccionamiento del contrato, que surge del contenido del artículo 25 del Decreto 679 de 1994, según el cual es necesario que en el contenido del acto se identifiquen los elementos para proceder al registro presupuestal para la ejecución del contrato, considera la Delegada, que

la función de tramitar el registro presupuestal corresponde al Secretario de Hacienda, y si bien el actor como ordenador del gasto autorizó el pago de las órdenes de servicio, no es menos cierto que lo hizo teniendo en cuenta que el objeto contractual ya se había cumplido. Por lo tanto, la omisión en la que incurrió su subalterno no le puede ser endilgada como falta que exija una sanción disciplinaria en su contra y mucho menos ser calificada como gravísima, y como consecuencia de ello, se disponga la destitución del empleo y la inhabilidad de 14 años para ejercer cargos públicos.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico, gira en torno a establecer la legalidad de las decisiones de 17 de septiembre de 2005 y 16 de diciembre del mismo año, expedidas por la Procuraduría General de la Nación, por medio de las cuales le impuso la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos y funciones públicas por 14 años.

La sanción se impuso en atención a que se encontró probado que el señor HERNÁN MURILLO SAAVEDRA en su condición de Alcalde del municipio de Purificación (Tolima), como ordenador del gasto, incurrió en las siguientes infracciones a la contratación administrativa:

- 1.** Desconoció los principios contractuales de selección objetiva y transparencia, al incumplir en la fase precontractual, las exigencias y funciones asignadas al Comité de Compras en la Resolución 0002 de 2 de enero de 2003 aclarada mediante Decreto 0012 de 10 de febrero de 2003, excluyendo los procesos de selección del contratista y/o proveedor de servicios establecidos por el Municipio.

Situación que se presentó al suscribir las órdenes de servicios 015, 016, 017, 018, 054, 076, 090, 091 y 095 de 2004, omitiendo el cumplimiento de los requisitos previos, de manera directa y sin concepto, recomendación o sugerencia del Comité de Compras, y sin parámetros documentados de comparación de precios del mercado de los servicios que fueron propuestos por el “Parador Turístico de Purificación”, con el propósito de favorecer a su arrendataria María del Rosario Morales Murillo, única comerciante llamada a ofertar sus servicios.

Con dicho proceder además de vulnerar lo dispuesto en los artículos 29 de la Ley 80 de 1992 y 2 del Decreto 855 de 1994, incurrió en infracción a los deberes y prohibiciones impuestos en los artículos 34 numerales 1, 15 y 38, y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, a las exigencias contenidas en la Resolución 0002 de enero 2 de 2003, aclarada mediante Decreto 0012 de 10 de febrero de 2003 expedidas por la Administración Municipal, imputándose la falta como gravísima por encontrarse descrita en el artículo 48 numerales 1 y 31 del Código Único Disciplinario, en armonía con el artículo 409 del Código Penal.

2. Las mencionadas órdenes de servicio fueron suscritas con la señora María del Rosario Morales Murillo, representante legal del establecimiento de comercio “El Parador Turístico”, quien además era prima hermana suya con violación al artículo 1 de la Ley 821 de 2003, que prohíbe a los alcaldes celebrar contratos con sus parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad.

Conducta en la que incurrió por haber suscrito en tan sólo tres meses, nueve órdenes de servicios, y aún habiendo sido formalmente advertido mediante comunicación de 20 de abril de 2004 por la asesora jurídica de la existencia de tal prohibición, se suscribieron las últimas tres órdenes de servicios, sin ninguna justificación, es decir, surgió un conflicto de intereses en el que se confunde la gestión privada del alcalde y su prima, no sólo por el parentesco, sino por ser el propietario del establecimiento de comercio, reportándole un beneficio directo derivado de un cumplido pago del canon y de un fortalecimiento de su nombre comercial.

Con la conducta descrita se infringieron los deberes y las obligaciones impuestas por los artículos 34 numerales 1, 2 y 38, y 35 numerales 1 y 35 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el artículo 1º de la Ley 821 de 2003, imputándose la falta como gravísima por describirse su comportamiento en lo normado en el artículo 48 numerales 1, 17 y 31 del Código Único Disciplinario, en concordancia con el artículo 408 del Código Penal.

3. Ordenó el pago de las órdenes de servicios Nos. 015, 016, 017, 018, 054 y 076 de 2004 por el cumplimiento de los compromisos derivados de ellas, pero sin haberse perfeccionado y legalizado tales contratos, en los términos de los artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto 111 de 1996, que exigen el registro

presupuestal para el perfeccionamiento de los contratos, requisito sin el cual no era jurídicamente viable ordenar el pago de las órdenes de servicio cumplidas por el “Parador Turístico” por tratarse de contratos no perfeccionados y cumplidos.

Con el incumplimiento de dicha exigencia el disciplinado violó los deberes previstos en el artículo 34 numerales 1 y 10 de la Ley 734 de 2002, así como los artículos 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 de la Ley 111 de 1996, constituyéndose en una falta gravísima por adecuarse la conducta en el comportamiento descrito en el artículo 48 numeral 31 del Código Único Disciplinario.

La Sala procede entonces a estudiar en su orden los cargos formulados, con los cuales el actor pretende se declare la nulidad de los actos acusados.

Primer Cargo.- La finalidad de la Resolución 0002 de 2 de enero y el Decreto 0012 de 10 de febrero de 2003 de la administración municipal, fue establecer controles y exigencias en la etapa precontractual para la adquisición de bienes y servicios para el uso doméstico del municipio (aseo, papelería, lavandería, etc.) y no para propósitos externos de atención a las necesidades de la comunidad, como los servicios contratados con el “Parador Turístico”.

La Procuraduría General de la Nación le imprimió a las aludidas Resolución y Decreto, un alcance e interpretación que no corresponde, pues los servicios contratados con el establecimiento de comercio fueron diferentes al uso doméstico de la administración municipal.

Al afirmarse en los actos acusados que las citadas órdenes de servicio se efectuaron sin la verificación de los precios del mercado del municipio de Purificación, incurrió en error de hecho en razón a que los precios del mercado de dichos servicios fueron verificados por la señora Sandra Patricia Cifuentes, Secretaria General de la Alcaldía, como se probó con las constancias de 11, 12 y 26 de febrero, 19 de marzo y 23 de abril de 2004, y la certificación expedida por el Coordinador del Plan de Atención Básica.

Agrega que en los actos acusados tampoco se demostró el interés personal tendiente a favorecer a la comerciante María del Rosario Morales Murillo, por cuanto los precios que ofreció son razonables en el mercado.

En la decisión proferida por el señor Procurador General de la Nación el 16 de diciembre de 2005 (fls. 2411 y s.s. del cuaderno principal) al analizar el cargo anteriormente propuesto por el actor, expresó:

“...no es posible admitir que la irregularidad no se produjo, porque tal como se observa y se encuentra ratificada incluso en las constancias suscritas por la doctora SANDRA PATRICIA CIFUENTES ORTIZ, el análisis de los precios del mercado y los trámites precontractuales fueron, según afirma, realizados por ella y en ningún momento se sometió al control del Comité de Compras del Municipio, actividad reglada y vigente para ese momento, circunstancia que constituye una infracción disciplinaria, no solo porque objetivamente se vulneró el reglamento, sino además porque no fueron adelantados los procedimientos que garantizan una selección objetiva y transparente, estando obligado el Alcalde Municipal a verificar el cumplimiento de los trámites precontractuales, antes de suscribir las órdenes de servicio con el Parador Turístico, olvidando que se trataba de la ejecución de recursos públicos y por ende más allá de toda consideración prevalecía su obligación como servidor público de garantizar el manejo objetivo del interés público y la igualdad en el tratamiento de los particulares interesados en contratar con la administración.

Todo lo anterior, consolida la infracción porque fueron desconocidos por el señor MURILLO SAAVEDRA los postulados precontractuales, ordenando directa, sin concepto, recomendación o sugerencia del Comité de Compras y sin parámetros documentados de comparación de precios del mercado, los servicios ofrecidos por el Parador Turístico de Purificación, a las tarifas, precios y servicios que fueron propuestos, todo lo cual, al parecer, correspondió al interés personal del servidor de favorecer a su arrendataria MARÍA DEL ROSARIO MORALES MURILLO, que fue la única comerciante llamada a ofrecer sus servicios.”

El artículo 2 del Decreto 855 de 28 de abril de 1994 estableció que el jefe o representante de la entidad, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia, y en especial, del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993.

Mediante la Resolución 0-0002 de 2 de enero de 2003 (fls. 108 a 110 del cuaderno No.9) se creó el Comité de Compras de la administración central del municipio de Purificación, y en dicho acto se le atribuyó la función de realizar el estudio de precios del mercado de los diferentes bienes y servicios que demanda la

administración para que sirvan de referencia y punto de comparación con los precios ofrecidos por los diversos proponentes. También señaló que los conceptos, recomendaciones o sugerencias que emita dicho Comité deberán constar por escrito, proferirse dentro de los términos que establezca la convocatoria, y deberán obrar en cada uno de los contratos.

Por Decreto 0-0012 de 10 de febrero de 2003 (fls. 111 y 112 del cuaderno No.9), se modificó la resolución anterior, en el sentido de encargar al Comité de Compras el estudio de precios del mercado de aquellos bienes y servicios que la administración requiera para el uso doméstico, sin determinarlos.

Posteriormente, por Decreto 0-0043 de 15 de junio de 2004 (fls. 113 y 114 del cuaderno No.9) se le atribuyó nuevamente al Comité de Compras el estudio de precios de todos los bienes y servicios requeridos por la administración para su uso doméstico y para satisfacer las necesidades de la comunidad en los diversos campos.

La censura que implicó la sanción fue la contratación que surgió con motivo de las órdenes de servicios Nos. 015 de febrero 11 de 2004, (fls. 2511 c.p); 016, 017 y 018 de febrero 12 de 2004 (fls. 2520, 2529 y 2536 c.p); 053 de febrero 27 de 2004 (fls. 2544 c.p); 054 de marzo 1 de 2004 (fl. 2558 c.p); 076 de marzo 19 de 2004 (fl. 2562 c.p); 090 de abril 23 de 2004 (fl. 2567 c.p); 091 de abril 24 de 2004 (fl. 2573 c.p)), y 095 de mayo 3 de 2004 (fl. 2582 c.p) cuyo beneficiario fue el Parador Turístico y/o María del Rosario Morales Murillo, cuyos objetos fueron por citar algunos, los servicios y suministros de almuerzos, desayunos, comidas, refrigerios, agua, alimentación y hospedaje, por no realizarse por parte del Comité de Compras el estudio de precios del mercado de dichos servicios en relación con los precios ofrecidos por otros proponentes, y por haber sido la única que formuló propuesta, a pesar de existir otros establecimientos en el municipio que hubieran podido ofrecer los mismos servicios.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, la Procuraduría encontró probado que el ex alcalde Juan Ignacio Correcha, responsable de la expedición de la Resolución 0-0002 de 2 de enero de 2003 y el Decreto 0-0012 de 10 de febrero de 2003, en su declaración manifestó que al Comité de Compras se le debía someter todo lo

que iba adquirir el municipio, para que se buscara la mejor calidad y un precio justo, excluyendo del estudio del referido Comité las contrataciones con las ARS, las EPS y los relativos a proyectos y convenios (fls. 160 a 161 cuaderno No. 5). En ese mismo sentido declararon otros servidores y ex servidores del referido municipio. Igualmente los señores (as) Juan Carlos Lozano (fls. 164 cuaderno No. 7), Damaris Anedt González (fls. 167 y 168 cuaderno No. 7), María Yolanda Castañeda (fl. 204 a 205 cuaderno No. 7) y Flor Villanueva de Yara (fl. 211 a 213 cuaderno No. 7), dieron cuenta de los privilegios con el Parador Turístico y/o señora María del Rosario Morales, mientras otras personas que prestan los mismos servicios no han sido tenidos en cuenta, a pesar de las certificaciones emitidas por la Secretaria General de la Alcaldía y el Coordinador del Plan de Atención Básica (fls. 301 y s.s. del cuaderno No. 1) que indicaron que las cotizaciones presentadas por la señora Morales Murillo se encontraban de acuerdo a los precios del mercado.

Los actos acusados además de establecer que no existió la comparación de los precios del mercado en relación con otros que hubieran podido prestar los servicios que fueron contratados con el Parador Turístico y/o la señora María del Rosario Morales Murillo, para determinar las condiciones más favorables en la contratación como lo exigen las disposiciones legales y administrativas citadas, comprobó con el certificado que expidió la Cámara de Comercio del Sur Oriente del Tolima (fls. 6 y 7 del cuaderno No. 9), que el establecimiento de comercio “Parador Turístico de Purificación” es de propiedad del señor Hernán Murillo Saavedra, alcalde el municipio, cuya matrícula mercantil fue renovada por su propietario el 26 de abril de 2004.

También estableció que de tiempo atrás, y aún para la fecha en que se emitieron las órdenes de servicio cuestionadas, el establecimiento de comercio “Parador Turístico de Purificación” ha estado arrendado a la señora María del Rosario Morales Murillo (fls. 142 a 172 del cuaderno No.3).

Al acreditarse que el establecimiento de comercio “Parador Turístico” es de propiedad del alcalde y que la contratación de los servicios contenidas en las mencionadas órdenes de servicio se hizo con su arrendataria María del Rosario Morales Murillo, para la Sala son hechos suficientes que le permiten establecer

que el disciplinado en la selección de la contratista citada, transgredió los principios de la transparencia y de selección objetiva establecidos en la normas de contratación, y por ende constitutivas de las faltas disciplinarias descritas por la Procuraduría en los actos acusados que implicaron la sanción, razón suficiente para que el cargo propuesto por el actor no esté llamado a prosperar.

Segundo Cargo.- Los fallos no consideraron la versión que rindió, como tampoco la información allegada al expediente, donde quedó establecido que las órdenes de servicios se dieron respecto de un establecimiento de comercio, pero no a nombre de la persona que la Procuraduría siempre tuvo como su pariente.

Las órdenes de servicio las emitió con el absoluto convencimiento de que se trataba de contratos acordes al ordenamiento jurídico por desconocer temas jurídicos, y por actuar fundamentado en los conceptos emitidos por sus asesores, por lo que su conducta nunca estuvo revestida de dolo o culpa grave, esto es, no existían razones para la formulación de los cargos por encontrarse dentro de las causales de exculpación. Además algunos dineros pagados por los servicios prestados por el “Parador Turístico” fueron devueltos al municipio.

La Sala encuentra que si la contratación no fue con la señora María del Rosario Morales Murillo y lo fue con el establecimiento de comercio, ello significaría que se hizo con el propietario del establecimiento de comercio el “Parador Turístico”, es decir, el mismo alcalde, pero como obran los contratos de arrendamiento, sin duda lo fue con su arrendataria, por lo que no resulta de recibo la argumentación esgrimida al respecto.

Tampoco es acertado el argumento de que su ignorancia en materia jurídica y la falta de información de sus asesores lo eximen de responsabilidad, pues es claro que se actúa bajo error de derecho cuando la representación equivocada recae sobre un elemento normativo, y en materia disciplinaria no es excusable la discordancia entre la conciencia y la existencia y alcance de una norma jurídica, de ahí el principio de que “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. Al no ser excusable la ignorancia de las normas, el error de derecho surge como vencible y no como invencible, restando en consecuencia efectos a la causal de justificación planteada.

En relación con la devolución que la señora María del Rosario Morales Murillo, hizo de algunos dineros producto de pagos que se le hicieron por los servicios materia de la contratación, tal circunstancia no modifica la situación disciplinaria del actor, pues no está prevista en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002 como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, ni dentro de los criterios que la citada Ley establece en el artículo 47 para graduar la sanción, por cuanto la devolución de los dineros no la hizo el disciplinado como quedó probado, ni tiene explicación tal proceder de la contratista, si se tiene en cuenta que cumplió con sus obligaciones contractuales.

Tercer Cargo.- Lo circunscribe a los errores jurídicos en que incurrieron los actos acusados al atribuirle la ejecución de los contratos sin que previamente se hubiera realizado el registro presupuestal, conducta que estima no resulta irregular, pues de acuerdo a la jurisprudencia es posible iniciar un proceso de selección de contratistas sin el certificado de disponibilidad presupuestal siempre y cuando haya la certeza del rubro o partida para la contratación.

Sobre el particular, la jurisprudencia elaborada por esta Corporación, ha precisado lo siguiente:

“Por tanto, considera la Sala, que cuando el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, hace alusión al certificado de disponibilidad presupuestal, lo establece como un requisito previo, accidental al acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, el cual, debe entenderse como a cargo del servidor público, cuya omisión, en los casos en que se requiera, genera responsabilidad personal y pecuniaria según indica el inciso final del mismo artículo 49 ya citado. En este sentido, no constituye entonces requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, que como se indicó, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa.

Por el contrario, el registro presupuestal sí constituye un requisito de perfeccionamiento del contrato, lo cual se extrae del inciso segundo del mismo artículo 49 de la Ley 179 de 1994, cuando hace alusión a que “[e]sta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos”, refiriéndose estrictamente a la operación de registrar la afectación presupuestal que se hace con el acto administrativo o contrato que compromete el presupuesto. En consecuencia, su omisión, para aquellos contratos que lo requieren, genera la falta de

perfeccionamiento del contrato, que éste no se pueda considerar en el tránsito jurídico y por ende, imposibilita su ejecución. Adicionalmente y al igual de lo que sucede con la ausencia de certificado de disponibilidad presupuestal cuando éste se requiere, su omisión genera responsabilidad personal y pecuniaria del servidor o servidores públicos responsables del contrato, y aunque es ésta una obligación de la entidad estatal, el contratista no podrá iniciar el contrato hasta tanto no se haya realizado el registro respectivo.”¹ (Subrayado dentro del texto)

De acuerdo a lo anterior se tiene que el actor procedió en forma irregular al ordenar el pago de las órdenes de servicio cumplidas sin que se hubieran efectuado el registro presupuestal, requisito necesario para el perfeccionamiento del contrato como quedó señalado en el precedente transcrito, no siendo de recibo el reparo que al respecto hizo en contra de los actos acusados.

Cuarto Cargo.- Las pruebas decretadas no fueron analizadas en su conjunto, situación que se evidenció en los actos acusados que inadvirtieron los testimonios de aquellos que ratificaron que los servicios contratados tuvieron un fin diferente a los de uso doméstico de la administración, todo lo cual confirma que su versión no fue mentirosa.

Además, la Procuraduría General de la Nación acogió algunas versiones que la llevaron a concluir que el contrato estatal se perfecciona con el registro presupuestal, a pesar de que otros testigos dijeron lo contrario.

La solidez de los aparentes argumentos de los que se valió la Procuraduría General de la Nación para comprometer su responsabilidad, estuvieron fundamentados en pruebas débiles y fuera de contexto, aunado al hecho que se le impidió controvertir la prueba pericial.

Para la Sala, el control jurisdiccional del poder disciplinario “no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Magistrado Ponente Germán Rodríguez Villamizar. Expediente No 07001-23-31-000-1995-00216-01 (12846). Sentencia de 23 de junio de 2005.

aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a la instancias previstas en el Código Único Disciplinario²”

No obstante, examinadas las versiones de algunos testigos y del actor, en el sentido de que para la adquisición de bienes y servicios de uso doméstico no era necesaria la comparación de los precios del mercado previa a la contratación, para la Sala, tal como lo señaló al resolver el primero de los cargos, el Decreto No. 0-0012 de 10 de febrero de 2003 no estableció con claridad, ni definió los bienes de uso doméstico, y a voces del ex alcalde Juan Ignacio Correcha, responsable de su expedición, determinó como de uso doméstico las contrataciones con las ARS, las EPS y lo relativo a proyectos y convenios, es decir, no corresponde a la contratación por la cual se sancionó al actor disciplinariamente.

Además, tal como se precisó al resolver el tercer cargo de nulidad propuesto por el actor, el registro presupuestal conforme a lo previsto en el Decreto 111 de 1996 y artículo 41 de la Ley 80 de 1993, es requisito necesario para el perfeccionamiento de los contratos, independientemente de que algunos testigos lo hayan ratificado y otros hubieren sostenido lo contrario.

En relación al hecho de que no pudo controvertir la prueba pericial, la Sala encuentra orientadas las consideraciones que la Procuraduría General de la Nación expuso en el primero de los actos acusados al negar al actor la nulidad que planteó por esa misma razón, las cuales fundamentó así:

“...Respecto de la nulidad planteada por indebida comunicación en el traslado del informe técnico, es del caso insistir en las maniobras dilatorias empleadas por los defensores que de manera recurrente efectúan solicitudes inocuas e inoportunas tendientes a extender los términos procesales más allá de lo posible con el único interés de lograr el levantamiento de la suspensión por vencimiento de términos, así radican sendos oficios el 24 de agosto de 2005 informando que no recibirán comunicaciones al fax 3419900 ext. 1060, habilitando para el efecto los fax 6372197 y 3453106, teléfonos en los que no se logra ninguna comunicación y no se encuentran habilitados como fax (fl.269 C7) y el 31 de agosto de 2005, indicando que se trasladarían de oficina, sin consignar nueva dirección.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luís Noguera Rodríguez contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

Pese a lo anterior y ante la imposibilidad de lograr comunicación con la defensa, como se consigna en las constancias de fax obrantes a folios 269 y 270 C7, se siguen enviando comunicaciones a la Universidad Externado de Colombia y al Edificio Pagasos, las cuales fueron recibidas y atendidas por los apoderados incluso el 5 de septiembre de 2005, tal como se aprecia con el oficio de la fecha (fl.297 del C7) en el que la doctora NORA FERNANDA MARTÍNEZ LÓPEZ, dice haber recibido en su oficina el mismo día 30 de agosto (adjunta copia de la guía 0051481 recibida por DIOGENES DUARTE) el requerimiento de citación a la señora OLGA MILENA GONZALEZ GOMEZ, con lo cual se confirma que los apoderados recibieron oportunamente las comunicaciones dejadas en la portería del edificio de su oficina el 30 de agosto de 2005 a las 14:13 horas (fls. 183 y 185 anexo técnico) sin que solicitaran adición, aclaración o complementación del informe técnico que ahora cuestionan”

Razones anteriores que son indicativas de que al actor no se le vulneró el debido proceso, pues el concepto técnico del perito le fue puesto en conocimiento, y pese a ello no fue materia de objeción en la oportunidad pertinente.

Quinto Cargo.- Los actos acusados le dieron un alcance irregular e ilegal al concepto del deber funcional del que se valió la Procuraduría General de la Nación para sancionarlo.

Lo halló responsable disciplinariamente por incumplir los deberes con fundamento en una interpretación errónea de las funciones que le fueron asignadas por virtud de lo dispuesto en las normas de la Constitución Nacional y el Decreto 1222 de 1986, según las cuales su deber en dicho aspecto se circunscribía de manera general a dirigir la acción administrativa, impartiendo las órdenes adecuadas a sus secretarios y demás funcionarios para que las cumplieran debidamente y de manera oportuna, por cuanto no fue elegido para desempeñar el cargo de jefe de la oficina jurídica, ni para que conceptuara y adoptara posiciones frente a temas de controversia legal. La Procuraduría debió determinar el responsable de acuerdo con la distribución de competencias y funciones al interior de la administración municipal, y analizar su situación frente a las causales de exclusión de responsabilidad señaladas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

La función pública en Colombia se ejerce de conformidad con las competencias constitucionales y legales que otorgan a determinadas autoridades públicas la autonomía necesaria para cumplir las gestiones que les corresponden.

Si bien el jefe del respectivo organismo puede atribuir la función pública a otros funcionarios como lo prevé el artículo 209 del ordenamiento superior, también debe dirigir la actividad administrativa ejerciendo los controles jerárquicos, no resultando posible que se desentienda de la gestión que cumplen sus subalternos, compitiéndoles un deber de vigilancia tal como lo ordena el artículo 208 ibídem.

Conforme a lo anterior, es posible que de la división del trabajo que se dispone en la organización administrativa, sea viable predicar el principio de la confianza de los superiores en los subalternos en quienes están asignadas las funciones. Sin embargo, dicho principio no es absoluto, y consiguientemente, no puede ser excluyente de responsabilidad, y menos cuando por mandato de la Ley se le atribuyen determinadas obligaciones y deberes al superior.

Era deber funcional y competencia del alcalde dentro de su jurisdicción, ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y escoger al contratista. También es responsable de la dirección y el manejo de la actividad contractual y del proceso de selección, conforme lo prevén los artículos 11 numeral primero y 26 numeral quinto de la Ley 80 de 1993, disposiciones que fueron puntales al señalar que la selección del contratista será del Jefe o representante legal de la entidad, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos, ni a las corporaciones de elección popular, como tampoco a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

Siendo entonces el alcalde el responsable de la contratación y de la selección del contratista, su actuación irregular en dichos aspectos, no puede ser transmitida a sus subalternos por el asesoramiento inapropiado que les atribuye, y en este sentido, su conducta disciplinada no puede subsumirse dentro de las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria establecida en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

Sexto Cargo.- Considera que la tipificación de la conducta fue vaga y lesiva a las garantías del debido proceso, al atribuirle como falta gravísima el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa en las etapas precontractual y contractual, por considerar que no se concretó de manera taxativa y específica el tipo de conducta que dio lugar a la configuración del comportamiento prohibido.

Contrario a lo expuesto por el actor, en los actos acusados se determinaron las actuaciones que constituyeron las conductas irregulares del alcalde en la contratación de los servicios con el Parador Turístico y/o María del Rosario Morales Murillo, que evidenciaron el desconocimiento de los principios de la transparencia y selección objetiva del contratista previstos en la Ley 80 de 1993, como por ejemplo, el haber contratado con la arrendataria del establecimiento de comercio de su propiedad, donde llama la atención que fue la única oferente, omitiendo el estudio de precios del mercado respecto de los bienes y servicios contratados en relación con otros que hubieran podido ofrecerlos.

Sin dudas, dicho comportamiento, como se señaló en los actos acusados, se adecuó a la descripción de las faltas gravísimas señaladas en los numerales 1, 17 y 31 del artículo 48 la Ley 734 de 2002, por inobservar los deberes y las prohibiciones señaladas en los numerales 1, 2 y 38 del artículo 34 y numerales 1 y 35 del artículo 35 ibídem, es decir, no existió la infracción denunciada por el actor.

Por lo demás, la Sala no evidencia la falsa motivación que la parte demandante estructuró en todos los cargos, pues en sus consideraciones no se advierte que exista distorsión entre la realidad fáctica con la jurídica.

Además, y por razones expuestas al resolver cada uno de los cargos formulados por el actor, la Sala no comparte los argumentos que la Procuraduría Delegada ante esta Corporación esgrimió para pedir la nulidad de los actos acusados.

En conclusión, la presunción de legalidad que ampara los actos sancionatorios acusados no fue desvirtuada en el curso del proceso, motivo por el cual la Sala mantiene su legalidad.

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:

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda presentada por el señor HERNÁN MURILLO SAAVEDRA contra la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y 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

JORM/Lmr.