

CONTRATOS ESTATALES – Contrato de obra – Financiación – Licitación pública – Contrato de obra – Normativa de contratación

De acuerdo con el artículo 24 numeral 1° de la Ley 80 de 1993, en principio, todos los procesos de contratación de obra pública de mayor cuantía, deben ser sometidos al proceso de licitación pública, salvo que dada la naturaleza del bien o servicio a adquirir, la escogencia del contratista se realice directamente, por las causales taxativamente descritas en la ley.

Si la entidad no cuenta con los recursos para el desarrollo del proyecto, puede acudir a diferentes alternativas de financiación tales como la concesión de obras o mediante operaciones de crédito público, pero dichos medios no pueden desconocer el principio general de escogencia de los contratistas.

En el presente asunto, no podía aplicar por extensión la modalidad de contratación directa en relación con las operaciones de crédito para la ejecución de la obra, con el pretexto de su financiación.

Luego de hacer un estudio sobre las diferentes modalidades de leasing, incluyendo el leasing de infraestructura, concluyó que no está permitido que a través de esta figura se contrate la construcción de la obra, entre otras razones, porque dentro del objeto social de las compañías de financiamiento comercial, no están este tipo de actividades, y así lo ratifica el gerente de la compañía Leasing de Occidente S.A en su declaración, y además por estar prohibido por el literal b) del artículo 3 del Decreto 913 de 1993.

En ese orden, tratándose de una obra pública cuyo monto superaba la menor cuantía para contratar, no tenía permitido contratar bajo las normas del derecho privado la obra, so pretexto de obtener financiación para la misma.

El hecho de que el Concejo Municipal le hubiera dado autorización para financiar el proyecto ante la carencia de recursos del municipio, y de que además se hubiera catalogado como de importancia estratégica dentro del plan de desarrollo, no justificó la conducta del actor, pues ello no lo autorizaba para desconocer el procedimiento contractual al cual debía someterse.

Ahora bien, en la providencia de 4 de noviembre de 2008 la Procuraduría General de la Nación, analizó el objeto del contrato y determinó que las obras allí señaladas eran las relativas a:

- Infraestructura para servicios públicos
- Obras de urbanismo
- Obras esculturales de gran formato
- Infraestructura para la operación y mantenimiento del Jardín Botánico
- Mobiliario
- Construcción de la galería comercial
- Obras arquitectónicas, plazoletas, cascada y senderos

Agregó que si bien contaba con la autorización del Concejo para utilizar el cupo de endeudamiento, con el objetivo de financiar planes de inversión y con los estudios previos de mercadeo efectuados por Jefe de la Oficina Asesora de Planeación de la Alcaldía, el actor «poseía la comprensión suficiente para evaluar que legalmente era este el procedimiento obligado por la cuantía del contrato y el que garantizaba a la entidad la escogencia de la mejor oferta.»

De acuerdo con lo anterior, los actos demandados no desconocieron que existen diferentes posibilidades a las cuales pueden acudir las Entidades Públicas para la financiación de obras, ni pasó por alto el tratamiento que la normatividad ofrece a las operaciones de crédito público y al contrato de leasing, motivo por el cual no prospera el cargo de falsa motivación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00116-00(1620-09)

Actor: CIRO ARTURO PUPO CASTRO

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el asunto de referencia, previos los siguientes

ANTECEDENTES

Ciro Arturo Pupo Castro por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los actos administrativos contenidos en las providencias de 27 de junio de 2008 expedida por la Viceprocuraduría General de la Nación, que le impuso sanción destitución del cargo de Alcalde de Valledupar e inhabilidad para el desempeño de cargos públicos por el término de 11 años, y de 4 de noviembre del mismo año por la cual la Procuraduría General de la Nación confirmó la anterior.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho pretende la cancelación del registro de antecedentes disciplinarios.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, expresa que fue elegido Alcalde del municipio de Valledupar para el periodo constitucional 2004-2007, cargo del cual tomó posesión el 1° de enero de 2004.

El Concejo Municipal lo autorizó para contratar una operación de crédito público por la suma de veinticinco mil millones de pesos (\$25'000.000.000.oo), con destino a la financiación de los proyectos ECOPARQUES, previstos en el Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo a ejecutarse en el periodo 2004-2007.

En cumplimiento de lo anterior, y atendiendo los conceptos emitidos por los comités, la oficina jurídica, el 28 de noviembre de 2006, suscribió un contrato de leasing financiero con la compañía de financiamiento comercial Leasing de Occidente S.A., por la suma de nueve mil quinientos millones de pesos

(\$9'500.000.000.00), con el fin de obtener la infraestructura para los ECOPARQUES.

Dichas actuaciones dieron origen a la investigación adelantada por una Comisión Especial de la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la cual fue declarado responsable disciplinariamente por la Viceprocuraduría General de la Nación, por la celebración del aludido contrato sin realizar previamente la escogencia del contratista a través de licitación pública y proceder a la contratación directa con la compañía de financiamiento comercial, decisión que fue confirmada por el Procurador General de la Nación en segunda instancia.

Con la omisión señalada, Ciro Arturo Pupo Castro vulneró el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 por no cumplir con lo establecido en los numerales 1 y 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. La falta se calificó como gravísima a título de dolo, de conformidad con el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, pues el objeto del contrato fue la construcción de una obra civil, cuestión que debe estar sometida a proceso licitatorio, de conformidad con las normas aplicables a la materia.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas invocó, las siguientes:

- Constitución Política, artículos 6, 13, 29, 121, 123 inciso 2° y 209.
- Ley 734 de 2002, artículos 2, 4, 6, 48 y 128.
- Código Contencioso Administrativo, artículos 2, 3 y 35.
- Ley 200 de 1995, artículos 23 numeral 4°, 117, 118 y 122.
- Ley 80 de 1993, artículos 23, 24, 25, 26 y 40.

Como concepto de violación de la normativa invocada alegó fundamentalmente que los fallos disciplinarios incurrieron en violación del debido proceso y falsa

motivación por indebida interpretación del marco jurídico de la contratación pública colombiana.

Considera que la Procuraduría General de la Nación desconoció de manera ilegal que el contrato de leasing es admitido por la legislación colombiana y que se asimila a una operación de crédito amparada por la normatividad aplicable a la contratación pública, y que según las previsiones del Decreto 2681 de 1993 no están sometidas al proceso de licitación de que trata la Ley 80 de 1993.

No se trata pues de un simple contrato de obra pública, sino de un leasing comercial sometido a las reglas aplicables a las operaciones de crédito público.

De otra parte, considera que en primera instancia fue sancionado por la entidad demandada, por haber sido encontrado responsable por la falta descrita en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, mientras que en la decisión de segunda instancia se mantuvo la sanción pero por violación de lo dispuesto por el numeral 31 del artículo 48 ibídem, imputación de la cual el demandante no tuvo oportunidad de defenderse.

Los actos disciplinarios desconocieron que el actor actuó de buena fe, y que en su conducta no existió dolo, lo cual se demuestra con el hecho de que previamente contó con los conceptos favorables de las autoridades en la materia, los cuales lo indujeron a un error, situación que lo exime de cualquier responsabilidad y cuyo desconocimiento implica que las decisiones objeto de cuestionamiento están basadas en la responsabilidad objetiva, que se encuentra proscrita del ordenamiento colombiano.

En la adición de la demanda, insistió en que su conducta no estuvo investida de dolo, tal y como se desprende de la resolución de preclusión de la investigación penal, adelantada en la Fiscalía por los mismos hechos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y señala como razones de su defensa, las siguientes:

Las hipótesis planteadas por la parte actora no están dirigidas propiamente al control de legalidad de los actos demandados, sino que buscan convertir al Consejo de Estado en una tercera instancia de las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, sin considerar su potestad de juez disciplinario, por lo tanto sus argumentos son improcedentes.

La conducta por la cual fue sancionado disciplinariamente el señor Ciro Arturo Pupo Castro fue por contratar un leasing financiero por valor de nueve mil quinientos millones de pesos (\$9.500.000.000.00), para la construcción de una obra civil, arquitectónica, urbanística y complementaria que formaba parte del proyecto ECOPARQUES del municipio de Valledupar, omitiendo escoger el contratista a través de licitación pública y permitiendo la contratación directa de la obra con violación de los numerales 1° y 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Luego de hacer referencia al contrato de leasing en las modalidades de financiero y operativo, indica que en ninguno de ellos se prevé la posibilidad de construir obras con cargo al contrato y por ello no se consideraron razonables las afirmaciones del actor.

La autorización que el Concejo Municipal expidió mediante el Acuerdo 28 de 2008 fue para ampliar el cupo de endeudamiento global para poder financiar el proyecto ECOPARQUES, pero ello no implicaba la omisión del procedimiento reglamentado por la Ley 80 de 1993, situación que tampoco se deriva de los conceptos elaborados por tratadistas y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, acerca del contrato de leasing.

El hecho de que el Comité de Evaluación del Municipio de Valledupar haya sugerido suscribir el contrato, no puede implicar la transgresión del ordenamiento jurídico, ni considerar que en virtud del principio de especialidad no resultaba aplicable la Ley 80 de 1993.

Las pruebas recaudadas durante el proceso, desvirtuaron las afirmaciones del actor en cuanto al alcance y efectos del contrato que suscribió, motivo por el cual deben denegarse las pretensiones de la demanda.

El hecho de que formalmente no se hubiera indicado en la providencia de segunda instancia que existía transgresión del artículo 34 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, no implica que las decisiones acusadas deban ser declaradas nulas porque las infracciones imputadas siempre fueron las mismas, relativas al incumplimiento del artículo 24 numerales 1 y 8 de la Ley 80 de 1993, armonizado con el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002 según el cual la falta es sancionable con destitución e inhabilidad de 10 a 20 años, por violación de los principios contractuales.

Propuso la excepción de caducidad de la acción, teniendo en cuenta que la demanda fue radicada el 28 de agosto de 2009, es decir, mucho tiempo después de la notificación de los actos acusados al demandante.

En la contestación de la adición de la demanda propuso la excepción de inepta demanda, respecto de los argumentos allí expuestos, relacionados con la ausencia de dolo.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes razonamientos:

No ha operado la caducidad, toda vez que los actos disciplinarios quedaron ejecutoriados el 15 de diciembre de 2008, y como la demanda fue presentada el 4 de marzo de 2009, aún no se había configurado.

El cargo que le fue imputado al actor relacionado con la celebración de un contrato de leasing para la ejecución de una obra sin acudir al proceso licitatorio, se mantuvo en la primera y en la segunda instancia.

La interpretación que hace el actor del contrato de leasing no es admisible, pues el contrato mercantil de leasing financiero aborda aspectos relacionados con la obtención de recursos monetarios pero no para la construcción de una obra pública, actuación que sí debía someterse previamente a la respectiva licitación pública.

La actuación disciplinaria cumplió con todos los requisitos formales y sustanciales, al describir la conducta, adecuarla a los cánones disciplinarios de prohibición, valoró los argumentos y dedujo el interés jurídico a amparar, en consecuencia no son de recibo las pretensiones de nulidad.

A Ciro Arturo Pupo Castro se le respetó el debido proceso y no existe fundamento para solicitar la revisión de las decisiones en sede judicial, lo contrario equivaldría a ejecutar la labor propia de una tercera instancia, con perjuicio de la autonomía funcional del órgano de control.

Para resolver, se

CONSIDERA

La parte demandada propuso las excepciones de caducidad e inepta demanda, las cuales procede a resolver la Sala.

Caducidad

La Procuraduría General de la Nación afirma que la demanda fue radicada el 28 de agosto de 2009, es decir, mucho tiempo después de la notificación de los actos acusados al demandante, cuando ya se había excedido el término establecido por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Sobre el particular, es preciso señalar que tratándose de actos que impliquen el retiro del servicio, la jurisprudencia ha reiterado que el término de caducidad para efectos de demandar la decisión debe contabilizarse a partir de la ejecución del mismo.

En efecto, en sentencia de 15 de febrero de 2007, esta Corporación expuso:

(...) El acto de ejecución si bien es conexo al acto sancionatorio no forma parte del mismo, ya que, se repite, es un mero acto que ejecuta la medida y ni crea ni modifica ni extingue situación jurídica alguna del disciplinado. Tal situación

*queda definida en casos como el que ocupa la Sala con la decisión de la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, la única connotación que la jurisprudencia le ha dado al denominado acto de ejecución tiene que ver para el cómputo del término de caducidad, pues éste se cuenta a partir de su ejecución, en aras de propiciar una efectiva protección al disciplinado, (...). Así se expresó la Sala en sentencia fechada el 14 de noviembre de 1995, Expediente No. 7200, Actor: RAUL GARCIA URREA, Consejero Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO., sobre este particular. "... sobre el particular se observa que ciertamente las argumentaciones del a quo reflejan el criterio de la Sala, en el sentido de que los actos mediante los cuales el órgano que en ejercicio del poder disciplinario atribuido por la constitución o las leyes, impone a los funcionarios públicos la sanción de destitución, no conforma con el respectivo acto de ejecución proferido por la autoridad nominadora, un acto complejo. Sin embargo la Sala, rectificando alguna providencia anterior ha dicho también que aunque son actos independientes, es incuestionable la conexidad existente entre ellos, lo que implica que, para garantizar una efectiva protección del derecho de defensa, el término de caducidad deba ser uno solo para impugnar tanto el acto de ejecución como aquellos que imponen al funcionario la respectiva penalización por faltas disciplinarias, término que comienza a contarse a partir de la notificación o comunicación del acto de ejecución. (...)*¹

En el sub iúdice, el Procurador General de la Nación mediante providencia de 4 de noviembre de 2008, confirmó el fallo de primera instancia, decisión que fue notificada personalmente al apoderado del disciplinado el 10 de noviembre de 2008 y por edicto fijado entre el 11 y el 15 de diciembre de 2008 al actor, según se informa a folio 548 del expediente.

No obstante, en el asunto objeto de estudio, no es posible contar el término de caducidad de la acción a partir de la ejecutoria del acto, pues si bien la sanción impuesta es de destitución del cargo de Alcalde de Valledupar, lo cierto es que el periodo constitucional para el cual fue elegido se cumplió en el año 2007, antes de la expedición de los actos cuestionados.

En ese orden, los 4 meses de caducidad establecidos por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, deben contarse a partir del día siguiente a la notificación de la decisión al demandado, esto es, desde el 16 de diciembre de

¹ Consejo de Estado - Sección Segunda , Expediente N° 25000-23-25-000-1996-06319-01(6319-05), sentencia de 15 de febrero de 2007

2008. Siendo así, la caducidad se configuró el 16 de abril de 2009 y como la demanda fue presentada el 4 de marzo de dicho año, según se desprende del folio 126 vuelto, cuando aún se encontraba habilitado para hacerlo, se concluye que no se configuró la caducidad. Por tal motivo la excepción no está llamada a prosperar.

Inepta demanda

Afirma la demandada que en el escrito de adición de la demanda se plantearon argumentos que no fueron expuestos en el agotamiento de la vía gubernativa, motivo por el cual no son susceptibles de estudio en esta instancia.

Al respecto observa la Sala que en la adición de la demanda se señala que la conducta no fue ejecutada con dolo, pues antes de suscribir el contrato que originó la investigación, el actor atendió conceptos sobre la materia, actuación que fue examinada por la Fiscalía General de la Nación para proferir la resolución de preclusión de la investigación que allí se adelantó por los mismos hechos.

En la vía gubernativa, concretamente en el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el demandante hizo planteamientos relacionados con la buena fe que imprimió en sus actuaciones, razón por la cual no le asiste la razón a la demandada, cuando indica que dichos argumentos no fueron objeto de estudio en sede administrativa.

Sin embargo, los razonamientos a los que hace referencia el escrito que complementó la demanda, expuestos en la providencia por medio de la cual la Fiscalía tomó la decisión de precluir la investigación no podían tenerse en cuenta, pues según el mismo actor informa, fue emitida el 11 de diciembre de 2009, es decir, tiempo después de que los actos cuestionados fueran proferidos, puesto que ellos datan del 27 de junio y 4 de noviembre de 2008.

En este punto, es pertinente precisar que la jurisprudencia ha señalado que si bien existe alguna afinidad entre el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario, ya que los dos pertenecen al género del derecho punitivo que ejerce el Estado, por la naturaleza de sus destinatarios y de los bienes jurídicos que protegen cada una de estas especies, en sus ritualidades, en su dogmática y consecuencias, hay una marcada independencia y autonomía.

Los dos sistemas jurídicos obedecen a reglas propias, tienen objetivos diferentes, como diversas formas de imputación y de culpabilidad, a tal punto que es legalmente factible la existencia de faltas disciplinarias no constitutivas de ilícito penal. Lo anterior es fundamento para sostener que la absolución en la investigación penal no conlleva necesariamente la exoneración de la responsabilidad disciplinaria, cuando la conducta, aunque objetivamente sea similar, se atribuya o impute en grado diverso de culpabilidad.

Establecido como está que las excepciones propuestas no fueron probadas, se procederá a estudiar el fondo del asunto.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a establecer la legalidad de los actos administrativos contenidos en las providencias de 27 de junio de 2008 expedida por la Viceprocuraduría General de la Nación, que le impuso sanción destitución del cargo de Alcalde de Valledupar e inhabilidad para el desempeño de cargos públicos por el término de 11 años, y de 4 de noviembre del mismo año, por la cual la Procuraduría General de la Nación confirmó la anterior.

Afirma el actor que los actos demandados deben ser declarados nulos porque están afectados por falsa motivación, violación al debido proceso y porque erraron en la apreciación de la culpabilidad.

1) FALSA MOTIVACIÓN

Argumenta la parte actora que la decisión de la Procuraduría General de la Nación no está acorde con lo materialmente probado dentro de la investigación, que hizo una interpretación indebida del marco jurídico de la contratación pública colombiana, al desconocer que el contrato de leasing comercial está amparado por una norma que permite su utilización en la administración pública sin necesidad de un proceso licitatorio.

Indica que según la interpretación de la Procuraduría, para el derecho nacional no existen los denominados contratos de crédito público y desconoce su alcance y propósito en relación con las entidades estatales, al inaplicar el artículo 41,

parágrafo 2° de la Ley 80 de 1993, desatendiendo con ello lo dispuesto por los artículos 3, 4 y 30 del Decreto 2681 de 1993, normas que prevén que los contratos que realicen las entidades públicas que tengan por objeto las operaciones financieras no se someterán a los procesos de licitación establecidos en la Ley 80 de 1993.

En la providencia de 27 de junio de 2008 la Viceprocuraduría General de la Nación, impuso la sanción disciplinaria, en consideración a que Ciro Arturo Pupo Castro suscribió el contrato de leasing financiero 180043862, con la compañía de financiamiento Leasing de Occidente S.A, por valor de nueve mil quinientos millones de pesos (\$9'500.000.000.oo), para la construcción de una obra civil, arquitectónica, urbanística y complementaria, que forma parte del proyecto ECOPARQUES, sin haber realizado la escogencia del contratista a través de licitación pública, permitiendo a la compañía realizar la contratación directa de la obra.

Para el efecto tuvo en cuenta la copia de los siguientes documentos: contrato de leasing, oferta mercantil, comunicación de la aceptación de la misma, y declaraciones de Luis Fernando Barrera Arizala y Alejandro Hoyos Vallejo, en relación con la selección del contratista.

De acuerdo con el artículo 24 numeral 1° de la Ley 80 de 1993, en principio, todos los procesos de contratación de obra pública de mayor cuantía, deben ser sometidos al proceso de licitación pública, salvo que dada la naturaleza del bien o servicio a adquirir, la escogencia del contratista se realice directamente, por las causales taxativamente descritas en la ley.

Si la entidad no cuenta con los recursos para el desarrollo del proyecto, puede acudir a diferentes alternativas de financiación tales como la concesión de obras o mediante operaciones de crédito público, pero dichos medios no pueden desconocer el principio general de escogencia de los contratistas.

En el presente asunto, no podía aplicar por extensión la modalidad de contratación directa en relación con las operaciones de crédito para la ejecución de la obra, con el pretexto de su financiación.

Luego de hacer un estudio sobre las diferentes modalidades de leasing, incluyendo el *leasing de infraestructura*, concluyó que no está permitido que a través de esta figura se contrate la construcción de la obra, entre otras razones, porque dentro del objeto social de las compañías de financiamiento comercial, no están este tipo de actividades, y así lo ratifica el gerente de la compañía Leasing de Occidente S.A en su declaración, y además por estar prohibido por el literal b) del artículo 3 del Decreto 913 de 1993.

En ese orden, tratándose de una obra pública cuyo monto superaba la menor cuantía para contratar, no tenía permitido contratar bajo las normas del derecho privado la obra, so pretexto de obtener financiación para la misma.

El hecho de que el Concejo Municipal le hubiera dado autorización para financiar el proyecto ante la carencia de recursos del municipio, y de que además se hubiera catalogado como de importancia estratégica dentro del plan de desarrollo, no justificó la conducta del actor, pues ello no lo autorizaba para desconocer el procedimiento contractual al cual debía someterse.

Ahora bien, en la providencia de 4 de noviembre de 2008 la Procuraduría General de la Nación, analizó el objeto del contrato y determinó que las obras allí señaladas eran las relativas a:

- Infraestructura para servicios públicos
- Obras de urbanismo
- Obras esculturales de gran formato
- Infraestructura para la operación y mantenimiento del Jardín Botánico
- Mobiliario
- Construcción de la galería comercial
- Obras arquitectónicas, plazoletas, cascada y senderos

Agregó que si bien contaba con la autorización del Concejo para utilizar el cupo de endeudamiento, con el objetivo de financiar planes de inversión y con los estudios previos de mercadeo efectuados por Jefe de la Oficina Asesora de Planeación de la Alcaldía, el actor "*poseía la comprensión suficiente para evaluar que legalmente era este el procedimiento obligado por la cuantía del contrato y el que garantizaba a la entidad la escogencia de la mejor oferta.*"

De acuerdo con lo anterior, los actos demandados no desconocieron que existen diferentes posibilidades a las cuales pueden acudir las Entidades Públicas para la financiación de obras, ni pasó por alto el tratamiento que la normatividad ofrece a las operaciones de crédito público y al contrato de leasing, motivo por el cual no prospera el cargo de falsa motivación.

2) VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Cuestiona que la sustentación jurídica de los cargos y del fallo de segunda instancia son distintos, habida cuenta que en la providencia que lo declaró disciplinariamente responsable en primera instancia, se concluyó que lo era por violación del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, mientras que el de segunda instancia confirmó la sanción impuesta, pero por violación del numeral 31 del artículo 48 de la misma norma, imputación de la cual el actor no tuvo oportunidad de defenderse.

En el auto de 18 de diciembre de 2007, la Procuraduría formuló cargos a Ciro Arturo Pupo Castro, en los siguientes términos:

“Con la conducta antes señalada el investigado pudo haber transgredido el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, según el cual es deber de todo servidor público cumplir y hacer que se cumpla entre otros, con los deberes contenidos en la ley, por no cumplir con el numeral 1° del artículo 24 de la ley 80 de 1993, el cual dispone que la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, pues para el proyecto correspondiente a la construcción de una obra civil, arquitectónica, urbanística y complementaria, que conforma parte del proyecto denominado ECOPARQUES del municipio de Valledupar, se debía adelantar el respectivo proceso licitatorio; al igual que el numeral 8 ibídem, según el cual las autoridades no actuará con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previsto en la ley, y les será prohibido eludir los procedimientos en el referido estatuto, pues con abuso y desviación de poder empleó la figura de leasing financiero para que las referidas obras contratadas directamente, es decir, como instrumento elusivo de la licitación, cuando el deber legal le imponía la obligación de adelantar licitación pública en razón a la naturaleza y valor del proyecto, por lo tanto no podía permitir que Leasing de Occidente, a través de las normas del derecho privado, procediera a su contratación directa.”

Indica además que la anterior se califica como falta gravísima de acuerdo con el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

El numeral 1° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, prevé:

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

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

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

El artículo 48 ibídem, indica cuáles son las faltas gravísimas, y en lo relevante al particular, advierte:

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

La providencia de 27 de junio de 2008, declaró disciplinariamente responsable a Ciro Arturo Pupo Castro en calidad de Alcalde de Valledupar y le impuso sanción destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 11 años.

Lo anterior por considerar que con la suscripción del contrato de leasing financiero No. 180043862, vulneró el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, según el cual es deber de todo servidor público cumplir los deberes que le impone la ley, concretamente por incumplir con lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según el cual la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, e indicó que la falta es gravísima conforme al numeral 31 artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Por su parte, la providencia de 4 de noviembre de 2008 consideró que la conducta del actor se adecuó a las previsiones del numeral 31 artículo 48 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual calificó la falta como gravísima.

En consecuencia, no asiste razón al actor cuando afirma que en el fallo de segunda instancia se le imputó una falta distinta a la analizada en primera, pues como se vio, desde el auto de cargos la investigación fue adelantada bajo la misma imputación.

3) CULPABILIDAD

Insiste el demandante en que actuó con el pleno convencimiento de que actuaba respetando el orden jurídico contractual por ende con ausencia de dolo, lo cual se encuentra demostrado con el hecho de que previamente a suscribir el contrato había consultado varios conceptos que sugerían la legalidad del proceso, actuación que no fue valorada por la Procuraduría General al imponer la sanción.

Agrega que al no tener en cuenta lo expuesto por la parte demandante, se le encontró disciplinariamente responsable basado en la responsabilidad objetiva.

Examinados los actos acusados, se encuentra que en ellos se valoró el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así:

... no es de recibo el argumento de la defensa consistente en que el cargo formulado carece de fundamento legal por desconocer los principios doctrinales y jurisprudenciales de la figura del leasing financiero, pues el hecho de que este tipo de negocio, en concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se haya considerado como una operación asimilada a crédito público y como tal es posible su contratación directa en virtud de lo establecido en el artículo 30 del decreto 2681 de 1993, no significa que bajo el amparo de esta figura de índole financiera, se haya desnaturalizado el principio general consagrado en el numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y por lo tanto desconocido el principio de prevalencia del interés general en el cual se funda...

También, se analizó el contenido del documento de 10 de abril de 2008 requerido por el actor, de la Federación Colombiana de Compañías de Leasing.

Por su parte, el fallo de segunda instancia examinó el Concepto 2007039517-001 de 30 de agosto de 2007 de la Superintendencia Bancaria, en lo relacionado con las características del contrato de leasing, así como la circular externa N°7 de 1996 de la misma entidad, y el hecho de que con los estudios previos de mercadeo efectuados por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación de la Alcaldía, la administración determinó la utilización del leasing de infraestructura para efectos de lograr la financiación de la obra, y determinó que ello no eximía la construcción de la obra en los términos previstos por las normas que rigen la contratación pública.

Teniendo en cuenta lo anterior la Procuraduría determinó que si bien las entidades del Estado tienen varias posibilidades para financiar sus requerimientos, tratándose de construcción de obras públicas, se debe adelantar el proceso contractual previsto en la Ley 80 de 1993.

En relación con su contenido, consideró que los conceptos obtenidos para la celebración del contrato de leasing, se relacionaban con la posibilidad de ampliar la deuda del Municipio de Valledupar a efectos financiar las obras a realizar y no de construir tales obras. Además estimó que por razón de sus conocimientos, el demandante tenía plena conciencia de que faltaba a sus deberes, pues pretendió dar un alcance distinto a las expresiones del legislador en relación con la posibilidad de financiamiento de las obras.

Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda.

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

DECLÁRANSE no probadas las excepciones de caducidad de la acción e inepta demanda propuestas por la Procuraduría General de la Nación.

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por CIRO ARTURO PUPO CASTRO contra la Procuraduría General de la Nación.

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