

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA N° 231

Santiago de Cali, veintiuno (21) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN : 76001-3333-001-2018- 00138- 00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : HÉCTOR FABIO BOLAÑOS BETANCOURT
DEMANDADO : PERSONERÍA MUNICIPAL DE SANTIAGO CALI y
MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

El señor HÉCTOR FABIO BOLAÑOS BETANCOURT, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda en contra de la PERSONERÍA MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, con el propósito de que efectúen las siguientes:

1. DECLARACIONES

1.1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 020 del 11 de agosto de 2015 por la cual la Dirección operativa para la vigilancia de la conducta oficial de la personería de Cali, declaró responsable al accionante de una falta disciplinaria y le impuso la sanción de suspensión del cargo por el término de tres meses.

1.2. Se declare la nulidad del Auto del 13 de octubre de 2016 proferido por el Personero Municipal de Santiago de Cali, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación.

1.3. Se declare la nulidad de la Resolución N° 4143.0.10.21.3879 del 23 de mayo de 2017 por la cual la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali, ejecuta la sanción disciplinaria.

1.4. A título de restablecimiento del derecho se condene a los demandados a restablecer los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por el actor en su calidad de rector, durante el término de la ejecución de la sanción disciplinaria y se indemnice integralmente (daño emergente, lucro cesante y daño moral inmaterial) por los perjuicios ocasionados con la expedición de los actos acusados.

1.5. Se condene a los demandados al pago de costas y agencias en derecho.

2. HECHOS

2.1. Se radicó queja ante la Procuraduría General de la Nación contra el rector de la Institución Educativa Técnica Villa del Sur, en la que se manifestó que presuntamente el rector actuó contra los mandatos señalados en los artículos 33 de la ley 996 de 2005 y numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, que disponen la restricción de la contratación directa en ley de garantías, queja que fue remitida por competencia a la Personería Municipal de Santiago de Cali.

2.2. La Dirección Operativa para la vigilancia de la conducta oficial de la personería de Santiago de Cali, el 18 de noviembre de 2014 ordenó abrir indagación preliminar.

2.3. El 19 de junio de 2015 la Personería Municipal profirió auto ordenando la aplicación del procedimiento verbal y citó a audiencia para versión libre, en la cual el actor manifestó entre otras, que los contratos suscritos no superaban los 20 salarios mínimos legales y que por tratarse de contratación con recursos del Fondo de Servicios de la Institución Educativa no se ubicaba dentro de las modalidades de contratación del Estatuto General de Contratación Estatal, en virtud de la excepción legal consagrada en el artículo 13 de la ley 715 de 2001, dando la facultad de establecer el reglamento de contratación especial al Consejo Directivo de la Institución Educativa, adicionando que la prohibición establecida en la ley de garantías solo se circunscribe a la contratación directa y no para tipo de contratación.

2.4. Se expone que en la etapa probatoria se puso a disposición del ente acusador el reglamento de contratación de la institución educativa, donde se establece el procedimiento y modalidad para la contratación inferior a 20 salarios mínimos mensuales vigentes, así como la invitación pública, propuestas presentadas, actas de selección de proveedores y documentos de los contratistas, entre otros, donde se demostró que el procedimiento de selección no correspondía a contratación directa.

2.5. Indica que en los descargos el actor manifestó que ninguno de los contratos superaron el valor de 20 SMMLV y que por tratarse de contratación con recursos del Fondo de Servicios Educativos de la Institución, no se ubica dentro de las modalidades de contratación estatal, en virtud de la excepción prevista en el artículo 13 de la ley 715 de 2001; y que además el estatuto de contratación estatal establece que el rector de una institución educativa debe celebrar los contratos que haya de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los fondos en las condiciones y límites que fije el reglamento de contratación que realice el Consejo Directivo de la institución, cuando la cuantía no supere los 20 SMLMV (numeral 5, artículo 6 del decreto 4791 de 2008).

2.6. Expone que no obstante haber demostrado que no cometió vulneración alguna al régimen de ley de garantías, la entidad demandada declaró la responsabilidad disciplinaria sancionándolo con suspensión del cargo por el término de tres meses, formulando la parte actora recurso de apelación el cual fue resuelto el 13 de octubre de 2016 confirmado en su integridad la sanción.

2.7. Dicha sanción fue ejecutada por la Secretaria de Educación del municipio de Cali, a través de la Resolución 4143.021.3879 del 23 de mayo de 2017, a partir del 1 de junio al 31 de agosto de 2017.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VULNERACIÓN.

El concepto de vulneración de la demanda se fundamenta en los siguientes cargos:

3.1. Infracción de la norma en que debió fundarse la decisión: violación al debido proceso por inaplicación de la norma sustantiva.

Cita y transcribe el contenido del artículo 13 de la ley 715 de 2001, concluyendo que los contratos cuya cuantía sea superior a los 20 smlmv se regirán por las reglas de la contratación estatal y para los contratos con cuantía que no supere los 20 smmlv el Consejo Directivo de cada institución educativa podrá señalar el procedimiento para que el rector de la institución educativa realice contratos referentes a obligaciones que deben registrarse en el Fondo de Servicios Educativos

Expone que el numeral 6 del artículo 5 del decreto 4791 de 2008 consagra como función del Consejo Directivo: “Reglamentar mediante acuerdo los procedimientos, formalidades y garantías para toda la contratación que no supere los veinte (20) salarios mínimos legales vigentes”.

Que en cumplimiento de lo anterior el Consejo Directivo de la Institución Educativa Villa del Sur mediante el reglamento No. 002 de 2009 creó el reglamento de contratación hasta los 20 SMMLV en el cual autorizan al rector para realizar las adquisiciones de bienes y servicios hasta el límite de los 20 smlmv, mediante una selección objetiva donde se tendrá como única consideración de selección, precios del mercado, garantizando la favorabilidad y conveniencia según el mejor precio en atención a la calidad, detalles técnicos, valor agregado, experiencia e idoneidad según corresponda el bien o servicio requerido.

Indica que el fallo disciplinario se basó en la aplicación de una norma sustantiva que no correspondía (ley 80 de 1993 y ley 1150 de 2007 en concordancia con la ley 996 de 2005) y que en su lugar dejó de aplicar las normas especiales procedentes en el caso, es decir, la ley 715 de 2001 y el reglamento de contratación de la Institución educativa para la contratación de bienes y servicios por cuantía de hasta 20 smlmv y que por lo anterior la sanción disciplinaria violó el ordenamiento jurídico por inaplicación de las normas especiales correspondientes al caso, causando con ello un grave perjuicio al demandante.

3.2. Falsa motivación.

Expone que según la sentencia proferida por la Personería, el demandante en calidad de rector de la institución educativa Villa del Sur contrató bajo la modalidad de contratación directa 8 contratos durante la vigencia de la ley de garantías, desconociendo que ninguno de los contratos suscritos se utilizó la modalidad de contratación directa, sin tener en cuenta la normatividad que rige los contratos con recursos de los fondos de servicios educativos que no superan los 20 smlmv de las instituciones educativas oficiales, el reglamento de contratación expedido por el Consejo directivo de la institución para este tipo de contratación, el método de selección objetiva para dicha contratación, las pruebas presentadas frente a la

invitación, evaluación y escogencia de los contratistas, razón por la cual los hechos que la Personería tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión (haber contratado de manera directa) no fueron probados dentro de la actuación administrativa, es decir, son inexistentes, dado que para dicha contratación no se utilizó la modalidad de contratación directa establecida en la ley 80 de 1993, sin tener en cuenta los hechos probados.

3.3. Expedición en forma irregular (procedimiento verbal que no correspondía)

Aduce que el artículo 175 del Código Disciplinario Único establece que el procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve, y que también se aplicará para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 ibídem.

Indica que el procedimiento utilizado por parte de la Personería Municipal de Santiago de Cali contra el demandante, correspondió al procedimiento verbal establecido en el artículo 175 del CDU, sin embargo, expone que verificado el expediente encuentra que la conducta fue calificada provisionalmente en el auto de citación como falta grave culposa, razón por la cual no encuadra en las causales previstas en esta norma para la aplicación del procedimiento verbal.

4. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

4.1. PERSONERÍA MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI

Esta entidad contestó la demanda dentro del término de ley, mediante escrito en el que se opone a las pretensiones, considerando que estas atacan actos administrativos proferidos dentro de la investigación disciplinaria seguida en contra del actor, mediante los cuales se le aplicó sanción disciplinaria, en razón a que estos fueron proferidos garantizando el debido proceso y con apego a la normatividad vigente.

Respecto a los cargos endilgados en el concepto de violación argumenta que las modalidades de contratación que se admiten cuando entra en vigencia la ley de garantías se circunscriben a la selección abreviada, mínima cuantía y licitación pública y en el presente asunto el sancionado suscribió los siguientes contratos: 003-2014, 004-2014, 005-2014, 4143.042.26.06-2014, 4143.042.26.07-2014, 4143.042.26.08-2014, 4143.042.26.09-2014, 4143.042.26.10-2014, 4143.042.26.13-2014, 4143.042.26.11-2014 y 4143-042.26.12-2014, los cuales versaron sobre la concesión de fotocopias en la sede central, concesión de la tienda escolar sede Susana Vinazco y dispensador de dulces de la sede principal, licenciamiento del portal de servicios educativos ZETI para el año 2014; desmonte de tejas de barro y construcción de techos en algunas áreas de la sede principal de la IE; resanar, raquetear, lijar y pintar la fachada de la sede Susana Vinazco, resanar, raquetear y lijar paredes exteriores de los salones; servicio de mantenimiento preventivo - correctivo sobre equipos de cómputo; servicios profesionales como contadora; mantenimiento general de la infraestructura de la IE dos sedes y pintura malla sede Susana Vinazco e impermeabilización segundo

piso sala de sistemas.

Señala que se trató de la prestación de bienes y servicios cuya contratación se adelantó durante la vigencia de la ley de garantías, que dispone la restricción a la contratación directa durante cuatro meses anteriores a la elección presidencial y además, especifica que la responsabilidad de la dirección y el manejo de la actividad contractual son del jefe o representante legal de la entidad estatal.

Expone que es cierto que las instituciones educativas pueden acceder a modalidades especiales de contratación, pero no dentro de la expedición de la ley de garantías.

Refiere que si bien el Consejo Directivo de la Institución educativa villa del sur mediante escrito No. 002 de 2009, creó el reglamento de contratación hasta los 20 smlmv, no por ello, debe entenderse que esta se pueda aplicar en cualquier tiempo, menos aun cuando ha entrado en vigencia normas que regulan la protección, la igualdad e imparcialidad de los procesos electorales.

Aduce que las normas de orden público, como la ley de garantías, dispone que los servidores públicos no podrán contratar de forma directa, sino que deberán aplicarse formas de contratación como la selección abreviada, mínima cuantía y licitación pública, precisamente tratando de preservar la imparcialidad del estado en sus diferentes actuaciones, es especial en el caso de la contratación estatal, norma que busca proteger los resultados de los procesos electorales y se aplica cuatros meses antes del proceso electoral y hasta la fecha en la que se realiza el mismo y en segunda vuelta, si esta procede, estando prohibida tanto la vinculación del personal a la planta de cargos de las entidades estatales en cualquier nivel como la contratación directa que fue la que precisamente adelantó el demandante y por la cual resultó disciplinado.

Manifiesta que el demandante en calidad de rector de la I.E. Villa del Sur, efectuó la contratación amparado en el artículo 17 del Decreto 4791 de 2008, artículo 13 de la ley 715 de 2001 y el Reglamento No. 002 de 2009, asunto que no se discute y que sin duda debe ser aplicado dentro del devenir normal de las actividades cuando se requieran bienes y servicios para la citada institución, pero no podía aplicarse estando vigente la ley de garantías.

Acota que contrario a lo manifestado por la parte actora, los actos administrativos acusados en encuentran debidamente motivados, los cuales se soportan con la normatividad infringida, así como las justificaciones que soportaron la decisión sancionatoria, considerando que el demandante omitió el cumplimiento de un deber funcional al abstenerse del cumplimiento de la ley de garantías, y que de la misma los operadores disciplinarios realizaron una adecuada calificación de la conducta y la subsumieron dentro de las normas que al respecto disponen que la conducta es irregular y que es objeto de reproche.

De la misma manera argumenta que dentro del proceso disciplinario no se vulneró el debido proceso, dado que de conformidad con las ritualidades de este proceso conforme a la ley 734 de 2002, una vez calificada provisionalmente la falta que se le endilga al servidor público y verificada la ocurrencia de la conducta que es constitutiva de falta disciplinaria, demostrada objetivamente la falta, esclarecidos los motivos determinantes de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos mediante la evaluación de pruebas que comprometan la presunta responsabilidad del investigado, permitiendo con ello la formulación de los cargos y la valoración sobre la decisión de apertura de la investigación disciplinaria, teniendo en consideración lo previsto en el artículo 175 de la ley 734 de 2002,

modificado por el artículo 57 de la ley 1474 de 2011, que permite que a la investigación se le aplique el procedimiento verbal, citándose por tanto a audiencia, haciéndose saber que goza de las facultades y derechos consagrados en los artículos 90 y 92 del CDU.

Formula las excepciones de mérito de inexistencia de falsa motivación y violación superior por parte de la personería, inexistencia de daño antijurídico, inexistencia de responsabilidad y la innominada. (fls. 373 a 389).

4.2. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Mediante escrito presentado a través de apoderada judicial dentro del término de ley, se opone a las pretensiones considerando que la sanción fue proferida por la Personería Municipal como ente de control y que la Secretaria de Educación solo procedió a ejecutar la sanción impuesta al demandante, solicitando negar las pretensiones de la demanda frente a esta entidad territorial.

Seguidamente esgrime de manera idéntica los mismos argumentos y excepciones de mérito formuladas por la Personería Municipal, adicionando únicamente la de "Falta de legitimación en la causa por pasiva". (fls. 392 a 407)

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante (fls. 456 a 461)

Solicita acceder a las pretensiones, señalando que no se logró demostrar que el actor cometiera una infracción con las contrataciones realizadas bajo el artículo 13 de la ley 715 de 2001, dado que el Consejo Directivo de la institución educativa expidió el manual de contratación de la institución - Reglamento No. 002 de 2009, donde se encuentra la autorización para poder celebrar este tipo de contratos hasta 20 smlmv, los cuales tienen como único requisito de selección los precios del mercado, sin establecer que este tipo de contratos se hicieran por una contratación directa, sumado a que los recursos que se usaron para su financiación se tomaron del Fondo de Servicios Educativos, con fundamento en la ley 715 de 2001.

Arguye que la entidad demandada se basó en unas normas que no correspondían, esto es la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 en concordancia con la ley 996 de 2005, sin aplicar la norma especial aplicable al presente asunto ley 715 de 2001, causando un daño antijurídico al actor con la sanción disciplinaria impuesta.

Adicionalmente sostiene que se aplicó el procedimiento verbal contenido en el artículo 175 del CDU, sin embargo, siendo que la conducta fue calificada provisionalmente en el auto de citación como falta grave culposa, no encuadra dentro de las causales contenidas en esta norma.

5.2. Parte demandada Personería Municipal de Santiago de Cali. (fl. 464)

Solicita negar las pretensiones de la demanda, considerando que el proceso disciplinario se adelantó con el lleno de los requisitos legales previstos en la ley 734 de 2002.

Sostiene que la norma que regula la Ley de Garantías, se encuentra contenida en la ley 996 de 2005, que define el marco legal del proceso electoral, reglamentando

la participación política de los servidores públicos y estableciendo garantías a la oposición, consagrando en el artículo 33 las prohibiciones en la contratación para las entidades, refiriendo que la contratación directa comprenden a "todos los entes del Estado", quedando incluidas las entidades territoriales.

Cita y transcribe los Conceptos Nos. 1712, 1720 y 1727 de febrero de 2006, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de las cuales concluye que los sujetos aplicables de la prohibición de contratar comprende la totalidad de los entes del estado sin que resulte relevante o excluyente su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, o pertenencia a una u otra rama del poder público, o su autonomía, lo cual incluye los establecimientos educativos del estado en los que se presta el servicio (que ordenan gasto a través de los Fondos de Servicios Educativos) y que para el caso objeto de la presente demanda, el demandante, en su calidad de Rector de la Institución Educativa Villa del Sur, debió de respetar la prohibición de contratar dentro de los cuatro meses anteriores a la elecciones de presidenciales de la vigencia 2014.

Y que por tanto, las modalidades por las cuales debió proceder a contratar los bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la institución Educativa, era mediante las de contratación de selección previstas en la ley 80 de 1993, tales como Selección Abreviada, Licitación Pública y Mínima Cuantía.

Sostiene igualmente que si bien el artículo 33 consagra cinco excepciones a su aplicación, en las cuales los destinatarios de la norma podrán contratar por medio de "*contratación directa*", entre las que se encuentran las "emergencias educativas", estas excepciones son de carácter "taxativas y de interpretación restrictiva", la que debió ser expresada como justificación en cada evento de celebración de contratos, en el caso del sector educativo, sin que la parte actora demostrara en el trámite de la investigación disciplinaria, ni en el curso de este medio de control que hubiera actuado bajo esta excepción.

Concluye por tanto, que se trató de una contratación de la prestación de bienes y servicios, sin el lleno de los requisitos legales, que se adelantó durante la prohibición que consagra el artículo 33 de la ley 996 de 2005 (Ley de garantías), que dispone la restricción a la contratación directa durante cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, y además, especifica que la responsabilidad de la dirección y el manejo de la actividad contractual son del jefe o representante legal de la entidad estatal.

5.3. Parte demandada Municipio de Santiago de Cali

Presentó sus alegatos de conclusión de manera extemporánea.

5.4. Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el municipio de Santiago de Cali

En cuanto a esta excepción se tiene que en el caso que nos ocupa, se pretende la nulidad de los actos administrativos proferidos en primera y segunda instancia por la Personería Municipal de Santiago de Cali, por los cuales se impuso sanción disciplinaria al demandante.

El libelo se formuló tanto en contra del municipio de Santiago de Cali, como de la Personería municipal de Santiago de Cali, si bien, las Personerías Municipales son entidades que gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, no tienen personería jurídica y en esta medida este atributo se predica del ente territorial del cual forman parte del nivel local, por ser organismos de control del orden municipal, y en ese orden de ideas, se desprende que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la entidad demandada municipio de Santiago de Cali, no está llamada a prosperar.

A su vez, se tiene que la Personería municipal de Santiago de Cali, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, en virtud a lo previsto en el artículo 159 del CPACA, el cual consagra que en los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer si hay lugar a declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución No. 020 del 11 de agosto de 2015, expedido por el Personero Delegado del municipio de Santiago de Cali, a través de la cual se profirió fallo de primera instancia dentro del proceso verbal disciplinario adelantado en contra del señor Héctor Fabio Bolaños Betancourt, en su calidad de Rector de la Institución Educativa Villa del Sur de la ciudad de Cali y, ii) acto administrativo proferido el 13 de octubre de 2016, por medio del cual se confirmó en su integridad el fallo de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, se debe establecer si hay lugar a condenar a las entidades accionadas al pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por el demandante, como consecuencia de la sanción disciplinaria impuesta por la Personería Municipal de Santiago de Cali. Así mismo, se debe determinar si es procedente la indemnización integral de perjuicios materiales e inmateriales ocasionados con la expedición de los actos acusados.

En la audiencia inicial celebrada el 22 de julio del año en curso, se dispuso frente al acto acusado contenido en la Resolución No. 4143.0.10.21.3879 del 23 de diciembre de 2017, expedida por la Secretaria de Educación del municipio de Santiago de Cali, a través de la cual se ejecutó la sanción disciplinaria impuesta al actor Héctor Fabio Bolaños Betancourt, que no se integraría al litigio toda vez que se trata de un acto de ejecución no susceptible de control judicial.

Para resolver el problema jurídico antes planteado, el Juzgado procederá a determinar el marco legal y jurisprudencial aplicable al caso concreto para luego precisar las actuaciones adelantadas dentro del proceso disciplinario y su fundamento.

Finalmente, el análisis se dirigirá a resolver los cargos de vulneración formulados con la demanda referentes a: (i) a la infracción de la norma en que debió fundarse la decisión y la falsa motivación; y en caso de que estos cargos no prosperen se pasará al estudio del otro cargo relacionado con la expedición en forma irregular.

3. RÉGIMEN JURISPRUDENCIAL APLICABLE A LA MATERIA.

Del alcance del estudio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de sanciones disciplinarias. Sentencia de Unificación.

A partir de la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 9 de agosto de 2016¹, se fijó una línea de interpretación que definió alcance del control jurisdiccional de los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

De esta forma, el precedente de unificación precisó los aspectos que conforman el control en sede judicial de las decisiones disciplinarias a saber:

(...) 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]

Conforme a los anteriores parámetros el despacho procederá abordar el análisis de legalidad de los actos administrativos acusados atendiendo el marco determinado por los argumentos que integran el concepto de vulneración de la demanda.

4. De la causal de nulidad consistente en la infracción en la norma que debía fundarse.

En cuanto a esta causal de nulidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que esta se refiere a la violación directa de la norma y se configura cuando ocurre: i) la falta de aplicación, ii) la aplicación indebida o, iii) la interpretación errónea.

(...) Según la doctrina judicial del Consejo de Estado², ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido

¹ Radicado 110010325000201100316 00; expediente 1210-11

² Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 15 de marzo de 2012, exp. No. 16660, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

aplicada no trascendió al caso.

Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión.

El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea, esto es, cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. (...)³.

5. De la causal de nulidad de falsa motivación.

Respecto a esta causal esta Alta Corporación se ha pronunciado considerando que se configura cuando el acto administrativo demandado se fundamenta en razones contrarias a la realidad, porque los hechos no se encuentran probados, o porque los hechos probados no fueron tenidos en consideración y pudieron llevar a que se tomara una decisión diferente, así lo sostuvo en el aparte de la providencia que se transcribe a continuación:

“(...) falsa motivación difiere de la falta de motivación, en la medida en que, en el primero, el acto enjuiciado no carece de razones, sino que las esbozadas en él son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó⁴:

[...] Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: Primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados, o segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.”⁵

³ Sentencia del 3 de mayo de 2018, del Consejo de Estado — Sección 5, proceso radicado No. 05001-23-31-000-2007-02617-01.

⁴ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

⁵ Sentencia del 12 de septiembre de 2019, del Consejo de Estado — Sección 2, proceso radicado No. 1001-03-25-000-2011-00314-00(1194-11).

6. DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Mediante auto de 18 de noviembre de 2014 (fls. 10 a 12, cdno 2) el Personero Delegado de Santiago de Cali abrió indagación preliminar con el propósito de establecer la ocurrencia de la conducta presuntamente constitutiva de falta disciplinaria sobre los hechos relacionados en la queja elevada contra el señor HÉCTOR FABIO BOLAÑOS BETANCOURTH en calidad de rector y ordenador del gasto de la Institución Educativa Técnica Villa del Sur, por contratar presuntamente dentro de la ley de garantías en la elección presidencial, conforme a los siguientes contratos:

Contrato No.	Contratante	Contratista	Objeto	Fecha de suscripción
003-2014	Héctor Fabio Bolaños	Nubia Stella Monroy R	Concesión Fotocopias sede central	03 febrero/2014
004-2014	Héctor Fabio Bolaños	German Pava	Concesión tienda escolar sede Susana y dispensador de dulces sede principal	03 febrero/2014
005-2014	Héctor Fabio Bolaños	Zeti-Angie T Muñoz R.	Licenciamiento del portal de servicios educativos ZETI, para el año 2014	20 febrero/2014
4143.042.26.06-2014	Héctor Fabio Bolaños	Ricardo Enrique Guzmán Ceballos	El contratista se compromete A: desmonte de tejas de barro de baja con cuidado para ser reutilizada, la caña se desecha, reconstrucción de techo, algunas áreas Sede Principal	24 febrero/2014
4143.042.26.07-2014	Héctor Fabio Bolaños	Héctor Fabio Cortes Liloy	Resanar, raquear, lijar, pintar, la fachada de la sede Susana Vinazco	03 marzo/2014
4143.042.26.08-2014	Héctor Fabio Bolaños	Adán de Jesús Ayala Benítez	Resanar, raquetear, lijar paredes exteriores de los salones	01 Abril/2014
4143.042.26.09-2014	Héctor Fabio Bolaños	Henry Simarra	Servicios de mantenimiento preventivo – correctivo sobre equipos de computo	03 marzo/2014
4143.042.26.10-2014	Héctor Fabio Bolaños	Giovanna Chalapud J.	Servicios profesionales como contadora	28 febrero/2014

4143.042.26.13-2014	Héctor Fabio Bolaños	Jhon Jairo Cortes Liloy	Mantenimiento General de infraestructura de la I.E dos sedes	01 mayo/2014
4143.042.26.11-2014	Héctor Fabio Bolaños	Giovanna Chalapud J.	Servicios profesionales como contadora	01 marzo/2014
4143.042.26.12-2014	Héctor Fabio Bolaños	Geordy Javier Hernández P.	Pintura malla sede Susana Vinazco e impermeabilización segundo piso sala sistemas	21 mayo/2014

El 17 de junio de 2015 se profirió auto ordenando la aplicación del procedimiento verbal y se citó para audiencia, auto que fue notificado personalmente al señor Héctor Fabio Bolaños Betancourt el 19 de junio de 2019. (fls. 487 a 500, y 502 cdno 2)

El 16 de julio de 2015 se llevó a cabo audiencia verbal No. 2015-011, mediante la cual se resolvió aplicar el procedimiento verbal a la investigación disciplinaria en contra del señor Bolaños Betancour, en la que además rindió versión libre el hoy demandante, asistido por su abogado de confianza, y se decretaron las pruebas, fijándose el 23 de julio de 2015, para llevar a cabo la práctica de las pruebas testimoniales, y el 24 de julio de 2015, se fijó el día 6 de agosto de 2015 para surtir la etapa de alegatos. (fls. 487 a 500, 512 a 530, 613 a 616, 718, y 720 a 722, cdno 2)

El 11 de agosto de 2015 en audiencia pública se profirió fallo de primera instancia, encontrando responsable al demandante por el cargo endilgado de las faltas previstas en los artículos 34 y 35 de la ley 734 de 2002, y al incurrir en la prohibición de que trata el artículo 33 de la ley 996 de 2005 que establece que durante los cuatro meses anteriores a la elección del presidente de la República (mayo de 2014) se prohibía la contratación directa con todos los entes del falta disciplinaria calificada como grave a título de culpa grave; fallo que fue objeto del recurso de apelación. (fls. 725 a 747, cdno 2)

El 13 de octubre de 2016 el Personero Municipal de Santiago de Cali resolvió el recurso de apelación, decidiendo confirmar en su integridad la Resolución apelada. (fls. 751 a 762, cdno 2)

7. ANÁLISIS DE LOS CARGOS DE VULNERACIÓN

Infracción de la norma en que debía fundarse la decisión y falsa motivación.

El reparo planteado por la parte actora, de acuerdo al concepto de violación de la demanda corresponde a la presunta infracción de la norma en que debía fundarse, en efecto sostiene que el fallo disciplinario se basó en la aplicación de una norma sustantiva que no correspondía, esto es la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 en concordancia con la ley 996 de 2005, dejándose de aplicar las normas especiales procedentes en el caso, es decir, la ley 715 de 2001 y el reglamento de contratación de la Institución educativa para la contratación de bienes y servicios por cuantía de hasta 20 smimv, violando con ello el ordenamiento jurídico por

Rad: 76001-3333-001-2018-00138-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

inaplicación de las normas especiales, aduciendo además que en dicha contratación no se utilizó la modalidad de contratación directa.

Al respecto, debe precisarse que en efecto el único cargo endilgado al actor en la investigación disciplinaria correspondió a que el citado cuando se desempeñaba como rector de la Institución Educativa Técnica Comercial Villa del Sur, en ejercicio de su cargo presuntamente quebrantó los mandatos previstos en los artículos 34 y 35 del CDU y en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, este último que restringía la contratación directa, toda vez que "Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado", periodo de restricción en que según el quejoso suscribió 11 contratos, de los cuales imputó cargos sobre 8 contratos que presuntamente los encontró ligados con la contratación directa, así:

Contrato	Plazo	Fecha	Objeto	Valor	Folio
Prestación de servicios No. 4143.042.26.06-2014	19 días calendario	Desde el 24 de febrero hasta el 14 de marzo de 2014	Desmante de teja de barro y caña brava, la teja de barro se baja con cuidado para ser reutilizada, la caña brava (...)	\$12.320.000	143 al 145
Licenciamiento de sistema de información Educativa ZETI No. 005-2014	11 meses	Desde febrero 19 hasta el 30 de noviembre de 2014	Licenciamiento de uso y manejo del sistema de información Educativo ZETI a través del portal se servicios Educativos (...)	\$12.180.000	254 y 255
Prestación de Servicios No. 4143.042.26.07-2014	10 días calendario	Desde el 03 de marzo hasta el 12 de marzo de 2014	1. Resanar, rasquetear, lijar y pintar la fachada de la sede Susana Vinasco de Quintana con pintura tipo esmalte (...)	\$12.320.000	279 y 281
Prestación de Servicios independiente – Honorarios No. 4143.042.26.11-2014 como contadora pública	8 meses	Desde el 01 de marzo de 2014 al 31 de octubre de 2014	1. Orientar la elaboración de comprobantes de ingreso y gastos. 2. Realizar registros contables en libros reglamentarios (...)	\$8.212.800	341 al 343
Prestación de Servicios No. 4143.042.26.09-2014	9 meses	Desde el 03 de marzo al 30 de noviembre de 2014	Mantenimiento preventivo – correctivo sobre loes (sic) equipos de cómputo del contratante	\$4.050.000	362 al 364
Prestación de Servicios No. 4143.042.26.012-2014	10 días	Desde el 21 de mayo al 31 de mayo de 2014	Pintura de malla sede Susana Vinasco de Quintana – impermeabilización plancha sala de sistemas (...)	\$5.160.000	382 al 383

Prestación de Servicios No. 4143.042.26.013-2014	7 meses	Desde el 01 de mayo al 30 de noviembre de 2014	1. Mantenimiento preventivo correctivo eléctrico a salones de clases (...)	\$7.000.000	406 al 407
--	---------	--	--	-------------	------------

Considerando que el actor vulneró la restricción legal prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 que prohibía contratar de manera directa, durante los 4 meses anteriores a la elección del Presidente de la República (mayo de 2014), transgrediendo el deber consagrado en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002 que prevé "DEBERES – 1º. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la constitución, (...) las leyes, (...); y la incursión en la prohibición contenida en el artículo 35, numeral 1 de esta misma ley, esto es, el incumplimiento de los deberes contenidos en la constitución y en la ley.

Tenemos que, la ley estatutaria de garantías electorales, ley 996 de 2005 "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones" en el artículo 33 consagra las restricciones y/o prohibiciones referente a la contratación directa para todos los entes del Estado, en los siguientes términos:

"Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. (Resalta el Juzgado)

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias."

Siendo que este precepto contempla la prohibición referente a la **contratación directa**, es preciso establecer, que supuestos facticos encajan dentro de este concepto a la luz de la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en efecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia del 8 de mayo de 2018, en el expediente con radicación interna 2382 y número único: 11001-03-06-000-2018-00095-00, al respecto, sostuvo:

"A. La prohibición de la contratación directa en la Ley 996 de 2005

En múltiples ocasiones, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido al origen, al contexto, a la finalidad, a la estructura, al contenido y a cada una de las prohibiciones, limitaciones y restricciones impuesta por la Ley (estatutaria) 996 de 2005, conocida como "Ley de Garantías Electorales", incluyendo sus elementos temporales, subjetivos y

objetivos o materiales, así como a las excepciones previstas en la misma ley⁶.

(...)

En relación con la prohibición de la contratación directa durante la época indicada por el artículo 33 de la "Ley de Garantías Electores", vale la pena transcribir lo manifestado por la Sala de Consulta en el concepto 2168 de 2013:

"2. Las restricciones en materia de contratación pública durante la campaña presidencial

En concordancia con el alcance general que trazó el legislador desde la exposición de motivos del proyecto de ley 216 Senado, en la que afirmó que "es claro que en una campaña electoral en la cual el Presidente en ejercicio aparezca como candidato, deben ofrecerse todas las garantías de igualdad posible entre candidatos, y por ello la figura de la reelección presidencial debe ir acompañada de previsiones suficientes que eviten cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección,"⁷ se fijó el objeto de ley 996... y se contemplaron una serie de prohibiciones y restricciones dentro de las cuales se encuentra la proscripción de la contratación directa durante la campaña electoral...

Ahora bien, teniendo en cuenta que la contratación pública es uno de los principales instrumentos del Estado para el cumplimiento de sus fines y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados⁸, y una actividad transversal que permite a todas las entidades estatales el cumplimiento de su misión y funciones, advierte la Sala que no solo para periodos electorales o preelectorales se ha considerado necesario proscribir cualquier forma de contratación que busque favorecer partidos o candidatos políticos, sino que, ordinariamente, esta práctica se sanciona, por una parte, con la declaratoria de nulidad absoluta que hace la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de los contratos que así se celebren (arts. 44 y 45 de la Ley 80 de 1993), y por otra, con sanciones de tipo disciplinario, patrimonial y penal para quienes así contraten.

Resulta importante entonces recordar, que lo que se impone en la gestión contractual, como regla general, son los procesos de selección de carácter abierto, públicos, imparciales, transparentes y objetivos, razón por la cual el legislador ha previsto que la contratación directa sea un mecanismo de selección de carácter excepcional. En ese sentido, solo es posible acudir a la modalidad de contratación directa, bajo las causales establecidas en los diferentes literales del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007⁹, y a

⁶ Sobre esta materia, pueden consultarse, entre otros, los siguientes conceptos de la Sala: 1706 del 15 de diciembre de 2015, 1712 del 2 de febrero de 2006 (con aclaración), 1717 del 17 de febrero de 2006, 1720, 1724, 1725 y 1727 del 20 de febrero de 2006, 1731 del 14 de marzo de 2006, 1738 del 6 de abril de 2006, 1839 del 26 de julio de 2007, 1845 y 1846 del 4 de septiembre de 2007, 1863 del 15 de noviembre de 2007, 1974 del 26 de noviembre de 2009 (con aclaración de voto), 1985 del 18 de febrero de 2010, 1990 y 1993 del 25 de marzo de 2010, 2011 del 10 de junio de 2010, 2166 del 24 de julio de 2013, 2168 del 2 de septiembre de 2013, 2182 del 12 de diciembre de 2013, 2191 del 3 de diciembre de 2013, 2207 del 1 de abril de 2014, 2212 del 21 de mayo de 2014, 2265 del 10 de septiembre de 2015 y 2269 del 17 de septiembre de 2015.

⁷ "[16] Gaceta del Congreso No 71 de marzo 2 de 2005, pág. 14".

⁸ "[18] Ley 80 de 1993.- Artículo 3. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales (...)."

⁹ "[19] Numeral 4, Artículo 2, Ley 1150 de 2007. '4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) Modificado por el art. 92, Ley 1474 de 2011, Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

partir del 15 de agosto de 2013 se deberá atender las reglas dispuestas en el capítulo IV del decreto 1510 de 2013...

No obstante estas previsiones legales, la ley 996 de 2005 fue mucho más allá y en procura de la igualdad entre los candidatos, extremó las garantías en materia de contratación, al punto de impedir de por sí la utilización del mecanismo de contratación directa, de forma que no exista siquiera sospecha de que por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos.

(...)

Ahora bien, de la lectura detenida del artículo 33 de la ley 996 de 2005 se destacan las siguientes notas especiales de la restricción:

(i) Los límites temporales de la restricción

(...)

Esta limitación temporal a la contratación directa durante la campaña presidencial... requiere que los órganos y entidades que tengan capacidad contractual planifiquen su gestión contractual con suficiente antelación a los periodos de elección presidencial, de forma que no se vea afectada la función administrativa en razón de la restricción impuesta por la ley estatutaria.

(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

El artículo 33 de la ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, señalando que son “todos los entes del Estado” expresión que envuelve a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos.

El vocablo “todos” que utilizó el legislador, comprende, en consecuencia, sin distinción del “régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía¹⁰, a la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

(iii) El objeto de la prohibición

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “queda prohibida la contratación directa”.

Modificado por el art. 95, Ley 1474 de 2011. En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

(...)

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

(...)

¹⁰ “[24] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil”.

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007...), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública¹¹.

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cual (sic) otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso¹². Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata de (sic) la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

Así mismo, recuerda la Sala que la contratación que realicen bajo las restricciones previstas en la ley 996 de 2005, las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán, en virtud del artículo 13 de ley 1150 de 2007, aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

(...)" (Negrillas del original; subrayas añadidas)."

Como se aprecia, en el citado concepto la Sala entendió que la expresión "contratación directa", a la cual se contrae la prohibición contenida en el artículo 33 de la "Ley de Garantías Electorales", se refiere, en términos generales, a "cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes", por lo que excluye, entre otros, a los demás sistemas de contratación previstos en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos. (Resalta el Juzgado)

Esta posición fue ratificada luego por la Sala, en los conceptos 2191 del 3 de diciembre de 2013 y 2212 del 21 de mayo de 2014.

(...)

De esta forma, junto con la evolución de la normatividad sobre la contratación pública y el afinamiento de los criterios doctrinales de la Sala, producto de las múltiples y variadas consultas recibidas sobre la Ley 996 de 2005, se ha llegado a depurar el concepto de "contratación directa", para estos efectos, precisando que, aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado¹³, ha establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de

¹¹ "[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-".

¹² "[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil".

¹³ A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado.

varios oferentes.

Así, la Sala ratifica en esta oportunidad que, para los efectos de la “Ley de Garantías Electorales” y, especialmente, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas¹⁴, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes. (...)” (Resalta el Juzgado)

De la jurisprudencia antes citada, se extrae que la ley de garantías electorales se aplica a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales, sin que resulte relevante su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su autonomía, o el hecho que pertenezca a una u otra rama del poder público.

De la misma manera el alcance del concepto de “contratación directa”, a voces del H. Consejo de Estado, en casos como el que nos ocupa, esto es, en los sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores, siendo determinante en estos casos, para considerar que dicho sistema para que no constituya “contratación directa”, **“es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes”**.

En este orden de ideas, si bien como lo afirma el actor, está probado conforme a las pruebas obrantes en el plenario, que el reglamento de contratación de la Institución Educativa Villa del Sur, para la contratación de bienes y servicios por cuantía de hasta 20 smlmv, se rige por normas especiales, esto es la ley 715 de 2001 y el reglamento de contratación de la institución educativa, no obstante, estaba obligado el demandante en calidad de rector de esta Institución a cumplir la ley de garantías electorales, esto es, a contratar previa inscripción a través de convocatoria realizada de manera pública que permitiera la participación de una pluralidad de oferentes.

Por tanto, procede el Despacho a verificar si en cada uno de los ocho contratos que la Personería Municipal los encontró ligados con la contratación directa, si el demandante cumplió este requisito de inscripción previa mediante convocatoria de manera pública que permitiera a varios oferentes participar en ellas, en efecto, del acervo probatorio allegado al presente medio de control, específicamente de la inspección practicada por la Personería municipal al archivo de la institución educativa Villa del Sur, que contiene los expedientes de los procesos contractuales, prueba decretada dentro del proceso disciplinario con el fin de

¹⁴ En efecto, vale la pena mencionar que en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye “contratación directa”, es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes.

verificar el cumplimiento del procedimiento contractual, conforme reposa a folios 613, 622, 633, y 646 del cuaderno No. 2, el servidor público que efectuó la visita encontró la siguiente situación, frente a los ocho contratos:

- Contrato 4143.04.2.26.06-2014 cuenta entre otros con invitación pública (fl.618).
- Contrato 005-2014 cuenta entre otros con invitación pública (fl. 622)
- Contrato 4143.04.2.26.07-2014 cuenta entre otros con invitación pública (fl.622).
- Contrato 4143.04.2.26.08-2014 cuenta entre otros con invitación pública (fl.622).
- Contrato 4143.04.2.26.09-2014 cuenta entre otro con invitación pública (fl.633).
- Contrato 4143.04.2.26.11-2014 cuenta entre otro con invitación pública (fl.633).
- Contrato 4143.04.2.26.13-2014 cuenta entre otro con invitación pública (fl.633).
- Contrato 4143.04.2.26.12-2014 cuenta entre otro con invitación pública (fl.646).

Lo anterior quedó claramente consignado en cada una de las actas de visita prácticas por la Personería a solicitud del disciplinado, hoy demandante, de lo cual se desprende que el actor acreditó el agotamiento del requisito de convocatoria de manera pública permitiendo la pluralidad de oferentes, conforme lo estudió el H. Consejo de Estado.

En este sentido, se encuentra demostrado que si bien, el actor en su condición de Rector de la Institución Educativa Villa del Sur, en calidad de representante legal de esta entidad estatal, adelantó una contratación de prestación de bienes y servicios, durante la prohibición que consagra el artículo 33 de la ley 996 de 2005, no obstante, ninguno de los ocho contratos por los cuales se le imputó cargos y posteriormente se le sancionó disciplinariamente, fueron celebrados mediante la contratación directa y en esa medida se concluye que el actor no infringió la ley de garantías de electorales, y en consecuencia tampoco vulneró los deberes y prohibiciones previstos en los artículos 34 y 25 de la ley 734 de 2002.

Así las cosas, si bien se observa que en el fallo disciplinario, que al momento de proferirse la sanción no se tuvieron en cuenta la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, citadas por la parte actora como infringidas, pues tanto en sede administrativa, como en sede judicial se reconoció el régimen especial a que estaba sometida la Institución Educativa, esto es la ley 715 de 2001 y el reglamento de la Institución, sin embargo se establece que se incurrió en la causal de falsa motivación, dado que en los actos administrativos acusados no fueron tenidos en consideración los hechos probados, esto es, que los ocho contratos celebrados por el actor en calidad de rector en los cuatro meses anteriores a la elección de Presidente de la República, no fueron celebrados mediante contratación directa, sino por el contrario se acreditó que en los mismos se efectuaron invitaciones previas y públicas, permitiendo la pluralidad de oferentes, pruebas que si se hubieran tenido en cuenta pudieron llevar a que se tomara una decisión diferente, limitándose a señalar la Personería en el fallo de primera instancia "que el investigado Héctor Fabio Bolaños Betancourt celebros (sic) contratos de manera directa, pues no desvirtuó, ni demostró situación diferente frente al cargo endilgado", no obstante reposar las pruebas en el expediente disciplinario que demostraban lo contrario, sin afectar la garantía de la función pública y de los principios que la gobiernan, esto es la igualdad como garantía

constitucional, así como la transparencia, objetividad, imparcialidad y neutralidad de la función pública, en virtud de la ley 996 de 2005, concebida como una garantía para proteger la igualdad de los candidatos a la elección Presidencial y en ese orden de ideas se declarará la nulidad de los actos demandados.

Al prosperar el cargo alegado de falsa motivación, el Despacho se releva del estudio del otro cargo invocado.

8. Conclusión.

Con fundamento en lo antes expuesto, se declarará la nulidad de los actos acusados, al haberse desvirtuado la presunción que los ampara, con relación a la pretensión del pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, deben ser reconocidos desde el 1 de junio de 2017 al 31 de agosto de 2017.

En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso del dinero pagado a un abogado para la asistencia del proceso disciplinario no se accederá, atendiendo a que la apertura de la investigación disciplinaria obedeció a queja impuesta por una persona.

Respecto al pago de los perjuicios alegados por la parte demandante, consistente en los honorarios causados por la defensa judicial de la presente Litis, se tiene que dicho concepto hace parte de las costas, que seguidamente serán fijadas por el Despacho.

Finalmente, en cuanto al reconocimiento de daño moral e inmaterial, se tiene que con la prueba testimonial arribada al plenario con esa finalidad, según lo pedido en la demanda, no se logró demostrar que al actor se le haya generado esta clase de perjuicios, pues las dos primeras testigos se limitaron a mencionar que se enteraron del proceso disciplinario adelantado en contra del actor, y la última de las declarantes de manera somera indicó que se le generó daño, sin precisar la manera en que se exteriorizó este perjuicio.

9. Costas y agencias en derecho

Si bien, este Despacho en varios asuntos ha adoptado la posición de no condenar en costas conforme a lo previsto en el artículo 188 del CPACA que señala que en la sentencia el juez "*dispondrá*" sobre este asunto, la cual no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

Se tiene, que en caso que nos ocupa la parte actora la parte actora solicitó y probó en el expediente precedente su causación, razón por la que se condenará en costas y agencias en derecho a cargo de las entidades demandadas y a favor de la parte demandante, conforme lo faculta el artículo 365, numeral 5 del C.G.P.

En tal virtud, dichas agencias en derecho serán fijadas, en consideración la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por la apoderada, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, así como a los parámetros fijados por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de i) la Resolución No. 020 del 11 de agosto de 2015 por la cual la Dirección operativa para la vigilancia de la conducta oficial de la personería de Cali, declaró responsable al demandante de una falta disciplinaria y le impuso la sanción de suspensión del cargo por el término de tres meses; ii) de la decisión del 13 de octubre de 2016 proferido por el Personero Municipal de Santiago de Cali, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a las entidades demandadas municipio de Santiago de Cali y Personería municipal de Santiago de Cali, a que a título de establecimiento del derecho, reconozca y pague al demandante HECTOR FABIO BOLAÑOS BETANCOURT, los salarios y prestaciones dejadas de percibir, desde el 1 de junio de 2017 al 31 de agosto de 2017.

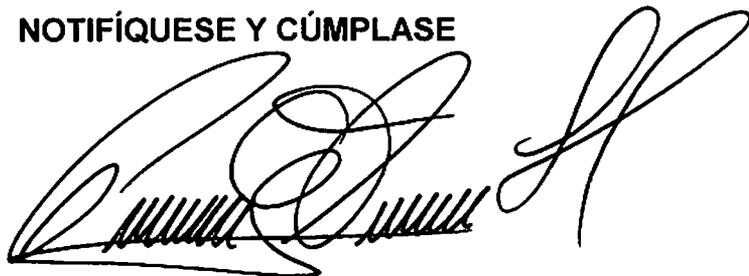
De la misma manera la Personería deberá oficiar a la entidad respectiva para eliminar de su registro la anotación de la sanción disciplinaria impuesta al actor.

TERCERO: NEGAR las demás súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia

CUARTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas y a favor del actor, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

QUINTO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia. Devolver los remanentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'P' followed by a series of loops and a final flourish.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez