



REGIONAL DE LA GUAJIRA

Radicación IUC D—2014-62-692410
Implicado **REINER LEONARDO PALMEZANO RIVERO**
Entidad y Cargo: Alcalde Municipio de Hatonuevo.
Quejoso : JESUS ORTEGA BARRERA
Fecha Hechos: 2 DE ABRIL 2013
Asunto: **FALLO PRIMERA INSTANCIA (Proceso Verbal)**

Resolución No. 018, Riohacha, Octubre 28 de 2014

1. ASUNTO

De conformidad con el artículo 170 de la Ley 734 de 2002 y en la oportunidad establecida en el artículo 178 ibídem, evaluado el contenido de las Diligencias a que se refiere el recuadro, advirtiendo que no existen causales que nulifiquen la actuación, se procede a proferir -en AUDIENCIA y verbalmente- el Fallo que en Derecho corresponde.

1.1 IDENTIDAD DEL CONVOCADO A PROCESO VERBAL

- **REINER LEONARDO PALMEZANO RIVERO**, identificado con cedula de ciudadanía No. 84.008.155 de Barrancas La Guajira, en su condición de Alcalde del municipio de Hatonuevo La Guajira, desde el 01 de enero de 2012 a la fecha.

1.2. APERTURA DEL PROCESO VERBAL DISCIPLINARIO Y CALIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. SUSTANCIALIDAD DE LOS CARGOS.

1.2.1. DE LA CALIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Se determinó que el Proceso debía ser Verbal de acuerdo con la consagración del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, al decir: En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.

Regional de La Guajira

1.2.2 - DE LOS ACONTECIMIENTOS.

El proceso se inicia en virtud de la queja presentada por el señor JOSE ORTEGA, quien manifiesta que el Alcalde de Hatonuevo La Guajira, celebró el contrato interadministrativo de Interventoría No. 003 de 2013 con la Asociación de Municipios de la Zona del Régimen Especial Aduanero de la Guajira AMZOREAGUA, cuyo objeto es la interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de obra 001 de 2013, celebrado para la pavimentación estratégica de vías urbanas del municipio de Hatonuevo Departamento de La Guajira, siendo que dicha Asociación fue creada para los alcances del Régimen Especial Aduanero de la Guajira y no para contratar interventorías de obras públicas.

Por lo anterior, considera el quejoso que se violó el principio de objetividad y transparencia, al contratarse a dedo con AMZOREAGUA, debiendo realizarse un proceso pre contractual donde prevalecieran la libre escogencia y participación de los contratistas.

Con auto de fecha 8 de abril de 2010, La Procuraduría Regional de La Guajira, ordenó Indagación preliminar, de la cual surgió la posibilidad de citar a audiencia y formular los siguientes cargos:

1.2.3 INDAGACION PRELIMINAR

Con auto de fecha 03 de junio de 2014, se dispuso abrir indagación preliminar, con el objeto de determinar si este hecho es o no constitutivo de falta disciplinaria, individualizar al o los servidores públicos comprometidos y también para determinar si se actuó o no bajo el amparo de una causal de exclusión de responsabilidad. (Folios 3 y ss).

Practicadas las pruebas en esta etapa, de las cuales se hará mención más adelante, se determinó que existían méritos suficientes para proferir cargos y por ello se optó por el procedimiento verbal y citar a audiencia pública.

1.2.4. DE LA CONDUCTA

Del ciudadano REINER PALMEZANO RIVERO se predicó:

“El implicado REINER LEONARDO PALMEZANO RIVERO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 84.008.155 de Barrancas La Guajira, en su condición de Alcalde Municipal de Hatonuevo La Guajira, el día 2 de abril de 2013, celebró el contrato interadministrativo, No. 003 en forma directa, con la Asociación de Municipios de la Zona de Régimen Especial Aduanero, con objeto: "Interventoría Técnica, administrativa y Financiera al contrato de obra 001 de 2013 pavimentación estratégica de vías urbanas municipio de Hatonuevo departamento de la Guajira" por un valor de \$517.999.900; con lo cual pudo haber incurrido en falta disciplinaria al desconocer en el trámite contractual, los artículos 10, 2.3, y 5.1 y 4 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 24.8 de la Ley 80 de 1993.

Regional de La Guajira

1.2.4.1. NORMAS IMPUTADAS COMO VIOLADAS

Al señor **REINER LEONARDO PALMEZANO RIVERO**, en su condición de Alcalde del Municipio de Hatonuevo La Guajira, se le atribuyó haber violado:

De la Ley 1150 de 2007.-

Artículo 10.

Artículo 10. Tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales. Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares. (Negritas fuera del texto original)

Artículo 2.

Artículo 2º. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

3. **Concurso de méritos.** Modificado por el art. 219, Decreto Nacional 019 de 2012. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación [...]

Artículo 5º

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es **objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad** y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las

Regional de La Guajira

condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. ...

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

(Negrillas fuera de texto)

De la Ley 80 de 1993

Artículo 24º.- . *Del principio de Transparencia*

8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. **Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva** y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

(Negrillas fuera de texto).

De la Ley 734 de 2002

Artículo 48. Son Faltas Gravísimas:

...

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.**

1.2.5 LA CULPABILIDAD

Se calificó provisionalmente su conducta con una culpabilidad a título de CULPA bajo la modalidad de GRAVISIMA por violación a reglas de obligatorio cumplimiento. En síntesis se dijo:

"Provisionalmente puede afirmarse que El Alcalde REINER PALMEZANO RIVERO, posiblemente actuó con desconocimiento de las reglas descritas en los artículos 24.8 de la Ley 80 de 1993, y 10, 2.3 y 5.1 y 4 de la Ley 1150 de 2007 como ya se explicó líneas atrás. [...] " ..Aquí, el disciplinado obvió la selección objetiva del contratista AMZOREAGUA, contratándolo de manera

Regional de La Guajira

directa, cuando la ley contractual establece que lo procedente era el concurso de méritos, en razón a que las asociaciones de entidades territoriales están sometidas a un tratamiento específico en el tema de contratación, que es el de participar en igualdad de condiciones con los particulares. Son estas unas reglas de obligatorio cumplimiento, desconocidas por el Alcalde investigado, que traducen su comportamiento subjetivo en la CULPA (título de imputación), y la modalidad específica de esta, CULPA GRAVÍSIMA."

1.2.6 CALIFICACIÓN DE LA FALTA.

Se calificó la falta como Gravísima en virtud a lo dispuesto en el Artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, que establece:

Faltas Gravísimas: Son Faltas Gravísimas las siguientes:

Artículo 48. Faltas Gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

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.

2. DE LA AUDIENCIA

Se inició el día 30 de septiembre de 2014, sesión que fue suspendida por inasistencia justificada del apoderado. (folio 233).

La audiencia se reanudó el 15 de octubre de 2014, se leyó el auto de citación a audiencia y se procedió a la etapa de pruebas, momento en el cual el apoderado solicitó unos testimonios que el despacho decretó por considerarlos pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos del proceso.

El 20 de Octubre se realizó sesión de audiencia en la cual se recibieron los testimonios de CARLOS ANDRES ZABALETA, YAMIT FAJARDO OÑATE Y ALFREDO BALLESTAS SERRANO, cuyos contenidos se encuentran en CD que forma parte de este proceso y que serán valorados en las consideraciones de esta providencia.

2.1 VERSION LIBRE.

El disciplinado no hizo uso de este derecho.

2.2 ALEGATOS DE CONCLUSION

La sesión de audiencia de Alegatos se realizó el día 23 de Octubre de 2014, cuyos argumentos se resumen a continuación:

Regional de La Guajira

Dos fueron los puntos planteados por la defensa, al momento de presentar sus alegatos de conclusión:

- 1.- Inexistencia de la falta por legalidad de la conducta y
- 2.- Existencia de la causal de exclusión de responsabilidad [con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria]

Respecto del primer punto, en síntesis precisó:

Que el contrato 03 de 2013, se suscribió entre dos entidades estatales como bien se dijo en el auto de citación a audiencia y que por encontrarse ambas vinculadas por un acto contractual se constituye la causal propia del procedimiento de selección de contratación directa, que a su vez resulta ser la excepción para obviar la licitación pública; que además las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 reiteraron como causal de contratación directa los contratos o convenios interadministrativos como regla general sin que se encuentre dentro de las excepciones a la suscripción de los mismos la consultoría y con ellos la interventoría.

Precisa que es equivocada la apreciación de la Procuraduría cuando manifestó que se vulnera el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto se enmarcó dentro de los postulados de la Ley 80 de 1993, pues se sometió a uno de los procesos de selección de que trata la mencionada Ley.

Trae a colación parte de la sentencia C-1514 de 2000 de la Corte Constitucional y Radicación 25000-23-24-000-2000-00754-01 (35476), que alude específicamente a los convenios de cooperación entre entidades públicas y resalta que la contratación realizada por el municipio precedió a unos estudios previos y a la autorización prevista en el literal c) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 donde se consideró al experiencia y la idoneidad del contratista y se atendieron los principios que rigen la contratación estatal.

Señala que el mecanismo de selección escogido por el municipio contó con la expedición de estudios previos, evaluación de la idoneidad y experiencia del contratista, de la coincidencia de la naturaleza jurídica de AMZOREAGUA quien tiene dentro de su objeto prestar los servicios de toda clase de consultorías, como son las interventorías.

Resalta que en el Registro único de proponentes AMZOREAGUA se encuentra certificada como constructor y consultor en transporte e infraestructura de transporte vial y que además obra en el expediente una relación de contratos suscritos por AMZOREAGUA con diferentes municipios en materia de interventoría en temas administrativos, técnicos y financieros de algunos contratos de prestación de servicios y obras públicas. Reitera que lo importante es que se trate de partes contratantes de naturaleza pública y que el contratista tenga un objeto relacionado con lo que es la finalidad de la contratación.

Regional de La Guajira

Dice que la Contraloría General de la República en un concepto, aclara la situación señalando que siempre que las parte involucradas en una relación contractual sean entidades públicas, la modalidad de selección a aplicar es la contratación directa, salvo aquellos que de manera específica señale que deben someterse a otra modalidades como la licitación pública y la selección abreviada y que la consultoría no se incluye como una regla a la excepción general autorizándose entonces la existencia de contratos interadministrativos de interventoría suscritos mediante procesos de selección directo.

Plantea que no es lo mismo "Asociación de Entidades Territoriales", que Las "Asociaciones de Municipios" en tanto estas últimas se rigen por la Ley 136 de 1994 y las otras se asocian a la luz de lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 y que por ello, no es dable la aplicación del artículo 10 de la Ley 1150 de 2007 al caso que nos ocupa.

Señala que las Asociaciones de municipios tienen su régimen legal el cual les es aplicable sin que sea dable recurrir a otros ordenamientos jurídicos. Que estas entidades en materia contractual y específicamente en lo que se refiere a convenios interadministrativos, el Decreto 1510 de 2013 dispuso: "**Artículo 76. Convenios o contratos interadministrativos.** La modalidad de selección para la contratación entre entidades estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 73 del presente decreto." Que esta norma debe aplicarse en armonía con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y la ley 1474 de 2011 y que para el caso que se analiza se acudió a los actuales planteamientos del Consejo de Estado (Sala de Consulta y Servicio civil Rad. 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092) 28 de junio de 2012), y concluye diciendo que es viable la celebración de contratos interadministrativos siempre que las obligaciones derivadas de los mismos guarden relación directa con la actividad a ejecutar y se tenga la capacidad jurídica.

Señala que el Capítulo II de la Ley 1454 (sic) de 2011, define por separado las clases de asociaciones así: en el artículo 11 se refiere a asociaciones de entidades territoriales y en el artículo 14 a las Asociaciones de municipios y que por ello no le es aplicable el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007 a las Asociaciones de municipios, dado que el citado artículo se refiere a entidades territoriales.

Respecto de la causal de exclusión de responsabilidad invocada, precisó:

Que en la eventualidad de un error invencible, que no permita a quien lo comete bajo ningún juicio de raciocinio salir del mismo, necesariamente debe configurarse en una eximente de responsabilidad y que en el caso concreto se demostró que el disciplinado estuvo convencido de estar actuando conforme a derecho; que consultó previamente con abogados especialistas quienes lo convencieron de la viabilidad jurídica de contratar directamente con AMZOREAGUA. Que el declarante CARLOS ZABALETA, reconoció haberlo asesorado en ese sentido, quien tiene amplia experiencia en el tema contractual, especialista en Derecho administrativo; que basta escuchar el testimonio del abogado mencionado para comprobar el convencimiento que tiene sobre el tema de la legalidad de la contratación que aquí se cuestiona y que además reconoce haber convencido al Alcalde a través de su asesoría, con

Regional de La Guajira

argumentos sustentados en el concepto de otros especialistas como el Doctor Dabey Daza, Francisco Ferias especialistas con años de 20 años de experiencia en lo público y en conceptos expedidos por entidades de reconocida capacidad y respeto como lo son la Contraloría General de la República, el Departamento Nacional de Planeación, entre otros. Precisa que el Alcalde también recibió la Asesoría del doctor ALFREDO BALLESTAS SERRANO, especialista en Derecho Público Gerente Regional de la Asociación de municipios del Caribe, entidad que brinda orientación y asesoría a Alcaldes y quien precisó que brindó sobre este caso específico asesoría al señor REINER PALMEZANO, Alcalde de Hatonuevo, manifestándole que era totalmente viable la contratación directa con la Asociación de Municipios, para lo cual se soportó la asesoría en diferentes conceptos expedidos por las entidades del Estado aquí mencionadas, resaltando que si bien los conceptos no son obligantes, si sirven de referente y prestan gran credibilidad en tanto quienes los expidieron son nada más y nada menos que quien ejerce el control fiscal, el DNP, y precisa que allí está la ausencia de culpabilidad y por ello insiste que se debe exonerar e responsabilidad al Alcalde por haber actuado amparado en el error. Recalca que el alcalde actuó con suma prudencia, que hubo unos estudios previos que dotaron además al alcalde de la convicción mencionada, convicción que se alimentó con los conceptos que recibió tanto del mismo contratista como de ALFREDO BALLESTAS y CARLOS ZABALETA y los soportes documentales en que estos se apoyaron. Dice que no se le puede exigir al disciplinado una diligencia más allá de la que desplegó. En conclusión, solicita la absolución de su defendido.

CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURÍA REGIONAL.

Constituye Objeto de la Actuación, establecer y definir en esta audiencia, si la *Conducta* atribuida a la Autoría de REINER LEONARDO PALMEZANO RIVERO , Alcalde de Hatonuevo La Guajira, configura alguna o algunas de las Hipótesis Normativas consagradas por el Legislador como Falta, para -previo un Debido Proceso y con el fundamento probatorio que arrojaré una valoración en conjunto-proceder a definir sobre su Tipicidad, su Ilícitud Sustancial y Culpabilidad como elementos estructurantes de la Sancionabilidad y/o a determinar si se obró bajo alguna de las Causales de Exclusión de Responsabilidad, o si por el contrario la conducta imputada resultó desvirtuada.

Se ha cuestionado al procesado por haber adjudicado y celebrado con la Asociación de Municipios AMZOREAGUA el 02 de abril de 2013, mediante la modalidad de contratación directa, el Contrato Interadministrativo de Interventoría No. 03 de 2013, cuyo objeto es: " Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera al contrato de obra 001 de 2013 celebrado para la pavimentación estratégica de vías urbanas del municipio de Hatonuevo Departamento de La Guajira", por valor de \$517.999.900 con lo cual se predicó de manera provisional que habría violado el principio de transparencia y Selección Objetiva que rigen la contratación estatal, en tanto la Ley 1150 de 2007 en su artículo 10 dispone que la celebración de contratos con Asociaciones conformadas por Entidades Territoriales, deben someterse a los procesos de

Regional de La Guajira

selección de que trata la citada Ley, en la cual deben participar en igualdad de condiciones con los particulares. Se precisó entonces que el Alcalde investigado utilizó la modalidad de selección de contratación directa, cuando debió utilizar el concurso de méritos.

En el auto de citación a audiencia se ilustró sobre el concepto de las Asociaciones de Municipios y el tratamiento que según la Ley se les debe dar a estas frente al tema de la contratación. Se dijo que las Asociaciones de municipios, son entidades administrativas de derecho público con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman y en virtud a lo dispuesto en el artículo 2 numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993, se asemejan a una entidad estatal, por tanto, se le impone la obligación de seguir en materia contractual los lineamientos de la Ley 80 de 1993.

Se precisó que el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007 señala que las asociaciones de entidades territoriales deben someterse a los procesos de selección de que trata la ley contractual y que participaran en igualdad de condiciones con los particulares y que el artículo 286 Constitucional define las entidades territoriales señalando que los municipios son "entidades territoriales" al igual que los departamentos, distritos y los territorios indígenas, sosteniéndose que las asociaciones de municipios son asociaciones de entidades territoriales que por expresa disposición legal son entidades de derecho público cuyo objeto es la prestación de servicios públicos o ejecución de obras, o el cumplimiento de funciones administrativas y por razón de las entidades estatales que la integran, se encuentran sujetas a los principios y reglas establecidos en el ordenamiento contractual, es decir, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Colombiana, Ley 80 de 1993.

Se dijo, que el Alcalde del municipio de Hatonuevo, no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, norma que estableció la regla específica para el tratamiento de las asociaciones de entidades territoriales, frente al tema de contratación y que no solo bastaría la existencia del contrato interadministrativo sino que debe cumplirse con la condición específica de la Ley 1150 de 2007 y que Amzoreagua debió ser sometida al proceso de selección de concurso de méritos, participando en igualdad de condiciones con los particulares tal como lo estipula el estatuto contractual, norma que para estos menesteres está revestida del principio de Especialidad normativa.

Precisó este despacho, que es cierto que la Ley 1474 de 2011 en su artículo 92, que modificó el inciso primero el Literal C del numeral 4° artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establece como causal para la contratación directa los contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la Ley o en sus reglamentos y que en las excepciones consagradas en el mismo artículo no se encuentran los contratos de interventoría y resaltó que el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, el cual se encuentra vigente y no ha sido derogado, señala la regla a aplicar cuando se trata de contrataciones con asociaciones de entidades territoriales, norma ésta que prima ante la consagrada en el Estatuto Anticorrupción, como ya se dijo, por el principio de especialidad.

Regional de La Guajira

Según el principio de especialidad, la norma especial prima sobre la norma general y para este evento la norma especial es la contenida en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007 y por ello se afirmó que en el contrato 003 de 2013, suscrito por el Alcalde de Hatonuevo La Guajira, se desconocieron las siguientes normas: i) El artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, que establece el tratamiento especial que debe dársele a las Asociaciones de entidades territoriales, al realizarse la contratación directa para la interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de obra 001 de 2013, ii) Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, numeral 3° en tanto la modalidad de selección que debió aplicar el Alcalde Reiner Palmezano fue el concurso de Méritos, tal como se dispone en dicha norma, pues esta modalidad de selección es la prevista para la selección de consultores. iii) El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 numerales 1 y 4 porque en el proceso de contratación que se cuestiona no se evidencian reglas de escogencia, ni requisitos que debía cumplir el contratista con lo cual no es posible determinar si existían otras personas que presentaran ofrecimientos más favorables a la entidad. y iv) el Artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 según el cual está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y como se ha dicho, en el presente asunto se obvió el concurso de méritos para escoger y posiblemente favorecer de manera directa a AMZOREAGUA.

En algunos de los conceptos aportados al proceso, se informa que el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, alude a las asociaciones de entidades públicas y que estas son distintas de las asociaciones de municipios, que por lo tanto estas últimas no son destinatarias de las restricciones del citado artículo 10 de la ley 1150 de 2007 y 92 de la ley 1474 de 2011 y he aquí donde se ha trenzado el punto concreto del debate procesal, el cual deberá dilucidarse y en el evento que no resulte acertado el argumento planteado por el defensor, se analizará si es o no aplicable la causal de exculpación alegada (Error invencible).

Como ha sido ya indicado, se predica la existencia de una vulneración al principio de objetividad y transparencia, al contratarse "a dedo" con AMZOREAGUA, debiendo realizarse un proceso pre contractual –CONCURSO DE MERITOS- donde prevalecieran la libre escogencia y participación de los contratistas.

Sea entonces oportuno, adentrarnos jurídicamente, en los siguientes aspectos:

1. En primer término la identificación de la naturaleza jurídica de las ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS, para luego,
2. Establecer, si con este tipo de entidades resultaría viable realizar contratos de Interventoría de Obra Pública bajo la modalidad de selección de Contratación directa:

1. EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS:

El artículo 2 de Ley 80 de 1993 dispone:

ARTICULO 2o. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

Regional de La Guajira

1o. Se denominan entidades estatales:

- a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, (...)

Disponía el citado artículo en su párrafo, que Para los solos efectos de dicha ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y **asociaciones conformadas por entidades territoriales**, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades. (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Es del caso entonces señalar, en primer término que las ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS han sido concebidas desde 1993, con la expedición de la Ley 80, como una ENTIDAD PÚBLICA, y poco antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Expresión: "Asociación de Municipios" fue distinguida de otras especies de entidades que fueron consignadas en el párrafo de dicho artículo.

En efecto, el párrafo (que a la fecha está derogado), hace mención, de las entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, pero el mismo legislador quiso distinguir las de las exclusivamente conocidas como ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS.

Cómo el párrafo de este artículo fue derogado por la Ley 1150 del 2007, se pensó que ya las asociaciones de municipios no seguían teniendo la categoría de entidades estatales, pero adviértase que en el literal a) se hace mención de ellas y ese literal no fue objeto de derogatoria.

Por tal virtud, las Asociaciones de Municipios, vistas como entidades especiales de conformación territorial, siguen teniendo la condición de ENTIDADES PÚBLICAS.

Esta distinción vino a ser analizada por el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, con Radicación 1291 de 2000, al disponerse:

"ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Finalidad

No obstante la declaratoria de inexecutable mencionada, la figura de asociación de municipios continúa vigente en los términos prescritos en la ley 136 de 1994, que la define como entidad administrativa de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman. Dicha asociación puede tener como finalidad la prestación conjunta de servicios públicos, ejecución de obras o cumplimiento de funciones administrativas, con el ánimo de alcanzar una mayor eficiencia y eficacia en el desarrollo integral de los municipios asociados. Estas entidades se rigen por sus propios estatutos y para el logro de los objetivos gozan de los mismos derechos, privilegios, excepciones y prerrogativas que otorga la ley a los municipios.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia C-671 de 9 de septiembre de 1999 Corte Constitucional; Autorizada su publicación con oficio de 12 de diciembre de 2000.

Regional de La Guajira

ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS - Creación por entidades territoriales / ENTIDAD DESCENTRALIZADA INDIRECTA - Origen

En virtud de lo anterior, la Sala considera que las entidades territoriales, mediante la figura de la asociación prevista en el artículo 95 de la ley 489, pueden conformar con la categoría de entidades descentralizadas indirectas, entidades cuya naturaleza jurídica sea la de "personas jurídicas sin ánimo de lucro".

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio de 12 de diciembre de 2000.

PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO - Régimen legal de las conformadas por asociación entre entidades públicas

Lo normado en el inciso segundo del artículo 95 de la ley 489 de 1998, en armonía con lo expuesto por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de esa norma, permite concluir a la Sala que el régimen legal aplicable a las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación exclusiva de entidades públicas, es el previsto en el Código Civil para ese tipo de entidades, y en general en el Derecho Privado, salvo en lo concerniente a las materias expresamente señaladas por la Corte Constitucional, esto es, el ejercicio de potestades públicas, régimen de los actos unilaterales, contratación, controles y responsabilidad, que están sometidas al derecho público. En consecuencia, los asuntos referidos a las estructuras orgánica e interna, plantas de personal, régimen salarial y prestacional, naturaleza y clasificación de los servidores de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, se rigen por el derecho privado.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio de 12 de diciembre de 2000."

Como puede observarse, se realiza la distinción entre las dos acepciones, y mientras la primera de ellas, esto es, LAS ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS, su régimen jurídico es del Derecho Público, el régimen de las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación exclusiva de entidades públicas, es el previsto en el Código Civil para ese tipo de entidades, y en general en el Derecho Privado.

Luego entonces, razón le asiste a la defensa cuando afirmó que el legislador si hizo una distinción que hoy tiene marcados efectos para el caso que nos ocupa.

ANALISIS DE LA RAZÓN DE SER DE LAS ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS.

El proceso de descentralización propuesto por la Constitución Nacional y los que se adelantan al interior de las administraciones departamentales, orientan los fines de creación y organización de las Asociaciones de Municipios, los cuales obedecen a la necesidad de que los entes territoriales de Colombia, trabajen bajo los criterios de una óptica regional, pues representan una manera nueva de adelantar acciones, de asociarse y trabajar de común acuerdo, en obras o tareas que benefician a la región.

Por ello la Constitución, en su artículo 219, estableció la integración municipal así:

" ... Artículo 219: Cuando dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas, que den al conjunto

Regional de La Guajira

características de un área metropolitana, podrán organizarse como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad; racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes la integran y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos y ejecutar obras de interés metropolitano. ...”

Por su parte el artículo 356 constitucional instituye que los municipios se podrán asociar para la prestación de los servicios públicos.

Entonces, las Asociaciones de Municipios tienen como fin primordial el desarrollo de objetivos y metas comunes, donde la misión sea el progreso de todos sus miembros, en forma justa e igualitaria, permitiendo además la integración regional.

Aspecto que posteriormente fue regulado por la Ley 136 de junio 2 de 1994, por medio de la cual se dictaron normas de modernización y funcionamiento de los municipios.

En este orden jurídico en el artículo 148 de la Ley 136 de 1994, se indica que dos o más municipios de uno o más departamentos podrán asociarse para organizar conjuntamente la prestación de servicios o la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, procurando eficiencia y eficacia en los mismos, así como el desarrollo integral de sus territorios y colaborar mutuamente en la ejecución de obras públicas.

Del citado artículo se colige que las asociaciones de municipios fueron creadas con tres finalidades: (i) para garantizar conjuntamente la prestación de los servicios públicos, (ii) para la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas y para (iii) la ejecución de obras públicas.

Finalidades estas que no tienen otra razón que la de propender por la integración regional, como instrumento de desarrollo, dado que permite aunar esfuerzos y recursos para lograr un objetivo común, abordando la solución de problemas que aquejan a las regiones y que por múltiples razones no han sido resueltos de manera oportuna.

A su vez, en el artículo 149 se definen las Asociaciones de Municipios como **entidades administrativas de derecho público**, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; se rige por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objetivo, de los mismos derechos, privilegios, excepciones y prerrogativas otorgadas por la ley a los municipios.

Por tanto, las Asociaciones de Municipios surgen con criterio asociativo, donde los principios de la nueva administración pública, tales como la eficiencia administrativa, la economía en recursos y trámites, la transparencia en la gestión, la contratación y eficacia en las actividades, son los fundamentos rectores de esa gestión.

Para concretar este propósito, la Constitución y la ley han facultado a estas asociaciones entre otras gestiones para la celebración de contratos, los cuales se gobiernan por las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Entonces, las Asociaciones de municipios, son entidades administrativas de derecho público con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que

Regional de La Guajira

la conforman y en virtud a lo dispuesto en el artículo 2 numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993, se asemejan a una entidad estatal, por tanto, se le impone la obligación de seguir en materia contractual los lineamientos de la Ley 80 de 1993.

2. RESULTARÍA VIABLE REALIZAR CON LAS ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA DE OBRA PÚBLICA BAJO LA MODALIDAD DE SELECCIÓN DE CONTRATACIÓN DIRECTA?

Identificado entonces que las ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS son una categoría especial de ENTIDADES PÚBLICAS, y que difieren del concepto genérico de entidades estatales, las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales, por virtud de lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 no ostentan ya para efectos de la contratación de la condición de ENTIDADES DE NATURALEZA PÚBLICA, queriendo ello significar que siguen existiendo pero que en su quehacer contractual deberán someterse a los procesos de selección de que trata la Ley 1150 de 2007, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares, correspondería entonces cuestionarse si podía o no celebrar el señor REINER LEONARDO PALMEZANO RIVERO, el día 2 de abril de 2013, en su condición de Alcalde del municipio de Hatonuevo, contrato interadministrativo con la Asociación de Municipios de la Zona de Régimen Especial Aduanero de la Guajira AMZOREAGUA, representada legalmente por el señor YAMID FAJARDO OÑATE para ejercer "Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera al contrato de Obra 001 de 2013, pavimentación estratégica de vías urbanas municipio de Hatonuevo Departamento de La Guajira"

Y es que dicho contrato se hizo bajo la modalidad de contratación directa, con sustento en el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 de 2012 el cual dispone que las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 celebraran directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

Precisamos nuevamente que el artículo 10 DE LA LEY 1150 DEL 2007 dispone:

Artículo 10. Tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales. Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares.

Se cuestiona entonces, para el presente caso, que no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, norma que estableció la regla específica para el tratamiento de las asociaciones de entidades territoriales, frente al tema de contratación.

Regional de La Guajira

Pero, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, dentro de la alusión de asociaciones conformadas por entidades territoriales, ciertamente no podría incluirse a las ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS, las cuales, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 siguen siendo ENTIDADES PÚBLICAS.

Entonces, como ENTIDAD PÚBLICA, con la ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS se pueden celebrar contratos de Interventoría de Obra Pública?

Iniciamos señalando que misma ley 1150 del 2007 determinó en su artículo 2, como una de las causales de contratación directa:

c) 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. 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. En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

Y, el contrato interadministrativo hace parte de la ley 80, luego entonces el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, no riñe con la posibilidad de que se puedan celebrar contratos interadministrativos con las asociaciones de municipios, pues adviértase que las únicas exclusiones de esta causal son los contratos interadministrativos con LAS UNIVERSIDADES y LAS ENTIDADES DE SEGUROS DEL ESTADO.

Con posterioridad, en el año 2011 se expidió la Ley 1474, modificándose apartes de la causal de contratación directa:

Artículo 92. Contratos interadministrativos. Modificase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Regional de La Guajira

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

Como se observa, la norma es similar a la de la Ley 1150 ampliándose en las excepciones, incluyéndose en esta oportunidad otro tipo de contratos (servicios de evaluación) y otra entidad: Sociedad de Economía Mixta.

El contrato de Interventoría, es una especie de Contrato de Consultoría por virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de La Ley 80 de 1993, que señala:

ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

2o. Contrato de Consultoría

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la **interventoría**, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

(...)

Negrillas fuera del texto.

En el auto de citación a Audiencia se precisó en su momento que:

"Es cierto que la Ley 1474 de 2011 en su artículo 92, que modificó el inciso primero el Literal C del numeral 4° artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establece como causal para la contratación directa los contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la Ley o en sus reglamentos y que en las excepciones consagradas en el mismo artículo no se encuentran los contratos de interventoría pero se resalta que el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, el cual se encuentra vigente y no ha sido derogado, señala la regla a aplicar cuando se trata de contrataciones con asociaciones de entidades territoriales, norma ésta que prima

Regional de La Guajira

ante la consagrada en el Estatuto Anticorrupción, como ya se dijo, por el principio de especialidad.

Según el principio de especialidad, la norma especial prima sobre la norma general y para este evento la norma especial es la contenida en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007. En razón de lo dicho, podría provisionalmente manifestarse lo siguiente:

Que en el contrato 003 de 2013, suscrito por el Alcalde de Hatonuevo La Guajira, al parecer, se desconocieron las siguientes normas: i) El artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, que establece el tratamiento especial que debe dársele a las Asociaciones de entidades territoriales, al realizarse la contratación directa para la interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de obra 001 de 2013, ii) Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, numeral 3° en tanto la modalidad de selección que debió aplicar el Alcalde Reiner Palmezano fue el concurso de Méritos, tal como se dispone en dicha norma, pues esta modalidad de selección es la prevista para la selección de consultores. iii) El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 numerales 1 y 4 porque en el proceso de contratación que se cuestiona no se evidencian reglas de escogencia, ni requisitos que debía cumplir el contratista con lo cual no es posible determinar si existían otras personas que presentaran ofrecimientos más favorables a la entidad. y iv) el Artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 según el cual está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y como se ha dicho, en el presente asunto se obvió el concurso de méritos para escoger y posiblemente favorecer de manera directa a AMZOREAGUA”.

Pero, queda evidenciado que no existiría principio de especialidad que aplicar, pues la norma que le otorga la condición de ENTIDAD PÚBLICA a las ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS sigue vigente y desde la expedición de la Ley 1150 del 2007 se viabilizó la contratación directa bajo la causal de CONTRATO INTERADMINISTRATIVO. Lo que vino a hacer la Ley 1474 del 2011 fue ampliar las excepciones, incluyéndose en esta oportunidad otro tipo de contratos (servicios de evaluación) y otra entidad: Sociedad de Economía Mixta.

De tal suerte, al no estar dentro de las excepciones de contratación para la causal de CONTRATO INTERADMINISTRATIVO como causal de CONTRATACIÓN DIRECTA, si resultaba viable su contratación con una entidad de naturaleza pública, como lo es una ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS. AMZOREAGUA en este específico caso.

Los aspectos a tener en cuenta para la realización de este tipo de contrataciones, bajo la modalidad de CONTRATO INTERADMINISTRATIVO, luego de establecer que la contratación pretendida no se encuentra excluida según la normatividad vigente, lo cual se verificó para el presente caso, resulta ser que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, y por supuesto, que acredite experiencia.

Los anteriores aspectos se encuentran debidamente acreditados pues de conformidad con los estatutos de AMZOREAGUA, su objeto social tiene relación directa con el objeto del contrato, el cual en su numeral 10 dispone que pueden

Regional de La Guajira

prestar los servicios de toda clase de consultoría y en su numeral 17 registra dentro de sus actividades la realización de toda clase de interventorías.

Y la experiencia de esta entidad pública se encuentra acreditada a través de los contratos visibles a folios 98 y subsiguientes del expediente.

Por lo anterior, resultaba plenamente viable para el Municipio de Hatonuevo, Departamento de la Guajira, celebrar un Contrato Interadministrativo con AMZOREAGUA para ejercer "Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera al contrato de Obra 001 de 2013, pavimentación estratégica de vías urbanas municipio de Hatonuevo Departamento de La Guajira".

El ministerio de Hacienda y Crédito Público, en concepto No. 019357-09-07-08, ante los interrogantes específicos de:

1. Puede el municipio de San Antero Córdoba celebrar contratos interadministrativos de manera directa o celebrar convenios entre la Asociación de Municipios del Caribe "ASOMCARIBE" del cual hacen parte los municipios de San Bernardo del Viento, Moñitos, Los Córdoba, Puerto Escondido, Canalete y San Antero?
2. Las Asociaciones de municipios y los socios de éstas pueden celebrar contratos directos interadministrativos y convenios por facultad de ley mientras que estas asociaciones de municipios, que son entidades estatales pueden licitar o concursar con otros municipios que no estén asociados a dicha entidad?
3. Podrá "ASOMCARIBE" celebrar convenios o contratos interadministrativos directamente con entes territoriales del orden departamental o con la Nación, a través de los ministerios o entidades del orden Nacional?

Respondió de manera categórica:

"De acuerdo con lo prescrito en el artículo 77 del Decreto 066 de 2008, las asociaciones de municipios que celebren contratos interadministrativos en donde las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en sus estatutos, deberán hacerlo a través de la modalidad de selección de contratación directa, cumpliendo para el efecto los requisitos establecidos en el artículo 76 ibídem.

De lo expuesto anteriormente, se colige que las asociaciones de municipios pueden celebrar contratos interadministrativos directamente con las demás entidades públicas determinadas en el artículo 2º de la ley 80 de 1993."

Por su puesto, que el Decreto 066 de 2008 no se encuentra vigente; pero los que les han sucedido, esto es, Decreto 2474 del 2008, Decreto 734 del 2012 y más recientemente el Decreto 1510 del 2013 mantienen el mismo procedimiento para el caso de Contratación Directa bajo la causal del Contrato Interadministrativo.

Regional de La Guajira

Definido lo anterior, por sustracción de materia, no habría lugar al análisis de la causal invocada por la defensa, cuando alegó que el implicado actuó **"con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria"** (art. 28 núm. 6 de la Ley 734 de 2002.), en razón a que como ha quedado explicado, el señor REINER PALMEZANO RIVERO, con los argumentos planteados por la defensa, ha desvirtuado el cargo formulado; sin embargo y en el evento que no se hubiere desvirtuado el cargo, habría lugar a la exculpación o exoneración de responsabilidad en virtud de lo siguiente:

Sobre el error la Procuraduría General de la Nación ha ilustrado:

"...Así como existen algunas situaciones dentro de las cuales puede observarse una actividad positiva e intencional del disciplinado, porque el hecho resulta jurídico, ante el derecho, hay otras situaciones en que la justificación depende de la ausencia del elemento intencional, de fuerza mayor, pues, se obra sin voluntad de hacerlo o por accidentes imprevisibles, por la influencia del azar, por ignorancia, o por error que no está en manos del agente disipar. Así, la ausencia de intención dañosa puede resultar de la ignorancia o del error.

Cuando se actúa con error, se produce un acto que tiene las características materiales de la falta disciplinaria, pero no lo es, ya que le falta uno de los elementos constitutivos esenciales. Hay diferencia entre la ignorancia y el error, ya que el conocimiento equivocado es una forma de ignorancia.

La ignorancia, es la ausencia de nociones acerca de algo; supone que el estado psicológico es Negativo. El error, es aprehensión o aceptación de una idea falsa o inexacta; supone que el estado psicológico es positivo.

Como determinantes de un acto, las dos situaciones son equivalentes. La ignorancia y el error pueden recaer sobre el hecho o el derecho y sobre el acto violatorio de la ley en sí mismo o sobre una circunstancia que lo agrave o cambie su situación jurídica.

La ignorancia o el error son vencibles cuando está en manos de la persona salir de ellos con esfuerzo más o menos grande; e, invencibles, cuando no le es posible superarlo dentro de las opciones razonables de la vida social. Son sustanciales cuando recaen sobre la naturaleza misma del hecho o sobre la esencia o el contenido de la regla jurídica y cuando en virtud de ellos se llega al convencimiento de que el acto no es social y jurídicamente reprochable. Son accidentales cuando recaen sobre los varios efectos o las varias manifestaciones que puede tener el hecho, sobre las modalidades y repercusiones de la norma jurídica y cuando a pesar de ellos, el acto siempre debe imputarse como reprochable o delictuoso. La ignorancia y el error recaen sobre algo que le da al hecho y a la norma una naturaleza diferente.

Regional de La Guajira

Sobre los efectos del error sustancial de hecho no es procedente cuando media la negligencia. En lo relativo al error de derecho, la obligatoriedad de la ley es completa e incondicional y procede de ahí la presunción o ficción legal de que todos conocen la ley y el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. El que no se toma el trabajo de conocer las leyes corre el riesgo de ejecutar un acto ilícito, al sustraerse a la obligación que la ley le impone. Pero la completa buena fe, la ausencia de dolo, no permiten considerar un acto como hecho reprochable.”¹ (negrillas y subrayado para resaltar)

Véase entonces que el error es vencible cuando está en manos de la persona salir de él con esfuerzo más o menos grande; e invencible, cuando no le es posible superarlo dentro de las opciones razonables de la vida social, al punto que elimina cualquier modalidad de culpabilidad en la conducta, lo cual es requisito indispensable para que haya responsabilidad disciplinaria, toda vez que el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, es claro al indicar que *“en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.”*

Se desprende del citado precepto, que en un juicio de responsabilidad disciplinaria necesariamente debe analizarse la culpabilidad del presunto implicado, ya que éste es el elemento subjetivo generador del juicio de reproche.

Lo anterior indica, tal como lo bien lo planteó la defensa en sus alegatos, que no puede ser culpable, quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, pues en esos casos, el implicado tiene la creencia sincera de actuar ajustado al ordenamiento jurídico, por haber incurrido en un error de apreciación que no era humanamente superable debido a las circunstancias especiales del caso, las condiciones personales del procesado y de su entorno en los cuales, se elimina la modalidad dolosa de la conducta porque el servidor público no tiene la conciencia de la ilicitud de su acción y tampoco se estructura la responsabilidad a título de culpa porque el sujeto actúa con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley.

En este caso, en el auto de citación a audiencia, se calificó de manera provisional la conducta del disciplinado con una culpabilidad a título de CULPA GRAVISIMA en razón al posible desconocimiento de reglas de obligatorio cumplimiento; las cuales están descritas en los artículos 24.8 de la Ley 80 de 1993, y 10, 2.3 y 5.1 y 4 de la Ley 1150 de 2007.

De no haberse desvirtuado el cargo, con las pruebas allegadas en el curso del proceso verbal se habían decantando las cosas, por ejemplo, está demostrado que el Alcalde REINER PALMEZANO RIVERO, para la contratación con AMZOREAGUA, i) Atendió las consideraciones plasmadas en los estudios previos (folios 19 y ss) que fueron elaborados por el Secretario de Planeación e Infraestructura Municipal ARMANDO CAMPO ARCOS, donde literalmente se dijo:

¹ Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria, sentencia del 18 de abril de 2013.

Regional de La Guajira

"Que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 señala que "las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Que el literal c) del numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, y con el artículo 3.4.1.1 del Decreto 0734 de 2012, los contratos interadministrativos son aquellos que celebran directamente las entidades estatales entre ellas, siempre que la obligaciones derivadas de los mismos guarden relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la Ley o en sus reglamentos.

Que de conformidad con lo señalado por el inciso segundo del literal c) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, en aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

Que el objeto a desarrollar con ocasión del contrato interadministrativo que pretende desarrollar, no se encuentra inmerso en las excepciones o prohibiciones a que se hace alusión en el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, por medio del cual se modificó el inciso primero del literal "c" del numeral "4" del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Que la asociación de municipios de la zona de Régimen especial aduanera de la guajira AMZOREAGUA, es una entidad Administrativa de Derecho Público y sin ánimo de lucro de acuerdo con lo estipulado en el capítulo 9 artículo 148 al 153 de la Ley 136 de 1994.

Que de acuerdo con lo señalado en los estatutos las obligaciones derivadas del giro ordinario de su objeto social tienen relación directa con el objeto del presente contrato el cual en el numeral 10 de sus estatutos señala: prestar los servicios de toda clase de consultoría, de igual forma en su numeral 17 registra dentro de sus actividades la realización de toda clase de interventorías.

Que de acuerdo con lo señalado en el RUT y en el RUP AMZOREAGUA se encuentra clasificado en la actividad 2 consultores.

Que igualmente AMZOREAGUA presentó los soportes que acreditan su amplia experiencia en la ejecución de contratos de interventoría, los cuales hacen parte integral de los documentos que soportan el presente acto administrativo de justificación."

2) También está acreditado que el señor REINER PALMEZANO RIVERO, encontrándose en la capacidad de actualizar su conocimiento, agotó el mecanismo de las consultas, pues recibió asesoría de su subalterno CARLOS ZABALETA, Jefe de la oficina jurídica, quien en su testimonio² precisó haberle dado la certeza de la legalidad de la contratación directa con AMZOREAGUA, que además tal convencimiento tuvo soporte en las consultas externas realizadas a los abogados externos DABEY DAZA PLATA (Abogado Especialista en Derecho Administrativo y Penal, ex funcionario de Planeación Nacional y de varios municipios, FRANCISCO

² Ver CD de audiencia de pruebas.

Regional de La Guajira

FERIAS, Especialista en derecho administrativo, asesor en Contratación en la Alcaldía de Valledupar.

También aparece acreditado, con el testimonio del señor ALFREDO BALLESTAS SERRANO, quien dijo ser abogado, especialista en Derecho Público, con experiencia de 10 años en el sector público, Gerente Jurídico y de Contratación de la Asociación Regional de Municipios del Caribe, que el Alcalde aquí investigado, le consultó respecto de la viabilidad jurídica de la contratación directa con AMZOREAGUA. El testigo expuso que le brindó asesoría al municipio de Hatonuevo, porque AREMCA brinda asesorías y orientaciones a diferentes municipios desde el año 2003, sobre temas de contratación y precisó que su asesoramiento al alcalde fue, que era totalmente legal la contratación directa con AMZOREAGUA porque tenía soportes jurídicos y exhibió a esta Procuraduría y aportó copia de los siguientes conceptos relacionados con el asunto de proceso:

- Concepto de la Contraloría General del Departamento de la Guajira de fecha 8 de octubre de 2014. (expedido después de la celebración del contrato cuestionado)

En este concepto la Contralora General del departamento de la Guajira resalta que existen diferencia marcada entre las asociaciones de municipios con las asociaciones de entidades públicas y entes territoriales y afirma que las asociaciones de municipios no son las destinatarias de las restricciones del artículo 10 de la Ley 1150 de 2007 y 92 de la Ley 1474 de 2011.

- Concepto de la Contraloría Departamental de Bolívar de fecha Agosto 11 de 2014. (expedido después de la celebración del contrato cuestionado)

Precisa el mismo contenido del concepto mencionado en el punto anterior.

- Concepto de la Contraloría General de Antioquia Radicado 2012100020962 de fecha 12 de octubre de 2012.

Precisa que los contratos interadministrativos están enunciados por la Ley 1150 de 2007, dentro de las modalidades de contratación directa y que para el caso consultado los mismo s son perfectamente posibles, siempre que se cumpla con la condición prevista en la misma norma es decir que las obligaciones que de ellos se derivan guarde relación directa con objeto de la entidad que ejecuta.

- Concepto del 30 de marzo de 2012 de la Contraloría General del Departamento de Córdoba.

Concluye su concepto afirmando la posibilidad de celebración de contratos interadministrativos de manera directa, con Asociaciones de municipios por

Regional de La Guajira

ser entidades estatales de las estipuladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

- Concepto sin fecha No. 2013EE141374 de la Contraloría General de la República.

Señalo que es viable la realización de contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la Ley o en sus reglamentos.

- Concepto de la Contraloría General de la República NO. 2012EE35702 de fecha 06 de junio de 2012.

Se precisa en este concepto que es viable la contratación directa a través de los contratos interadministrativos siempre que las obligaciones derivadas de estos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la Ley o en sus reglamentos.

- Además se aportaron los siguientes conceptos: 80112-EE37288 del 3 de julio de 2009, de la Contraloría General de la República; Concepto OAJ 14212 del 21 de marzo de 2013 del INVIAS; Concepto 20134220197211 del 11 de marzo de 2013 del Departamento Nacional de Planeación; Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública Rad. 20136000141771 del 16 de septiembre de 2013 (posterior a la celebración del contrato)

Si bien se estaban relacionando concepto expedidos con posterioridad a la suscripción del contrato interadministrativo 03 de 2013³, también se allegaron conceptos expedidos con anterioridad a dicha celebración, por ello hubiere resultado aceptable el argumento que el señor REINER PALMEZANO RIVERO, se motivó a consultar el tema con los abogados aquí relacionados, quienes sustentaron sus criterios con los conceptos de la Contraloría General de la República y sus dependencias departamentales, el Departamento Nacional de Planeación, y demás entidades aquí mencionadas, donde se afirma que es viable la realización de contratación directa mediante convenios interadministrativos con asociaciones de municipios.

Téngase en cuenta que el análisis de la "conciencia del ilícito en derecho disciplinario" se funda a partir del entendimiento de la norma como "norma subjetiva de determinación"; por eso, para que surja el reproche basta que la persona en el momento de la realización del ilícito disciplinario, se encuentre en capacidad de actualizar su conocimiento de que procedía contrariamente a derecho, por cuanto el "límite del error se halla en el deber de informarse" ⁴ para el servidor público que juró cumplir sus funciones en obediencia a la Constitución, la ley y el reglamento.

³ La fecha de suscripción del bilateral es 2 de abril de 2013

⁴ GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, Dogmática del derecho disciplinario. Tercera edición, febrero de 2004, P.402.

Por ello, la doctrina al respecto enseña:

"...el conocimiento exigible de lo ilícito no es el real, sino 'los conocimientos exigibles a la diligencia debida', (...) y en consecuencia la relevancia del error depende 'del asesoramiento o información con que haya contado o con el que debía haber contado para conocer su antijuricidad o la alta probabilidad de su antijuricidad'....".⁵

Con base en el anterior criterio doctrinal que comparte esta Regional, resultaba claro que el análisis de la culpabilidad del implicado en este proceso, no correspondía a una modalidad de CULPA GRAVISIMA, en tanto como se ha venido diciendo el servidor público al tener la posibilidad de actualizar su conocimiento, consultó no solo con sus abogados asesores, sino que además recurrió al Gerente Jurídico de una Asociación de Municipios (AREMCA) quien le sustentó con concepto de las entidades ya mencionadas su criterio; conceptos estos que si bien no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, fueron en su mayoría expedidos por entidades del Estado que de una u otra forma por la importancia del desarrollo misional de las mismas, generan confianza y en cierto modo algún tipo de seguridad en quien los lee.

Para esta Procuraduría, como ya se manifestó líneas atrás, no se desconocieron los preceptos legales mencionados en el auto de citación a audiencia, y de haberlo sido así, el comportamiento del disciplinado muestra que hubo suficiente reflexión y asesoramiento para la tomar de decisión de contratar directamente con AMZOREAGUA la interventoría técnica y financiera del contrato 001 de 2013 en tanto el disciplinado buscó la manera de superar esa falta de conocimiento para adecuar su conducta a las normas jurídicas que son de obligatorio cumplimiento (diligencia debida).

Precisamente, en el evento *sub judice*, la causal de exoneración tenía vocación de prosperidad pues de acuerdo al caudal probatorio, el señor REINER PALMEZANO RIVERO, buscó asesoría de abogados con experiencia en el campo administrativo, quienes lo orientaron para actuar en la forma que lo hizo.

En efecto, escúchense los testimonios de CARLOS ANDRES ZABALETA, y ALFREDO BALLESTAS SERRANO quienes fueron coincidentes en afirmar que sus asesorías al Alcalde de Hatonuevo La Guajira las hicieron explicándole de manera convincente que era totalmente factible y legal la realización de contratación directa con AMZOREAGUA, por tratarse de una Entidad Estatal con quien la Ley autoriza la celebración de contratos interadministrativos y que ésta es una de las modalidades de selección establecidas en la Ley contractual; que además se cumplió con la exigencia de lo establecido en el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 porque el objeto del contrato guarda relación directa con el objeto social de AMZOREAGUA y porque además se demostró la capacidad e idoneidad

⁵ Ob. cit. P.402.

de dicha empresa con el número de contratos celebrados con diferentes municipios donde se ejerció interventoría a obras públicas.

Los asesores le aconsejaron que tomara la decisión contratar con la Asociación de Municipios generándole la convicción de que podía hacerlo, pues de acuerdo a la interpretación normativa y estudios efectuados por los abogados, la actuación era legal y procedente y además estaba soportada con conceptos de la Contraloría General de la República, del Departamento Nacional de Planeación entre otros.

Para la Procuraduría, dichos testimonios habrían ofrecido certeza y credibilidad, porque además de ser concordantes en sus afirmaciones, provienen de personas que tuvieron conocimiento directo de los hechos que son materia de investigación, y aquí no se trataba de entrar a establecer de cara al ordenamiento jurídico si la asesoría fue o no la acertada y correcta, sino por el contrario, de verificar de cara a la culpabilidad, las motivaciones que asistieron a disciplinado para actuar como funcionalmente lo hizo, y es aquí donde estos testimonios cobran fuerza en orden a demostrar que hubo una asesoría y acompañamiento al disciplinado en los hechos que fueron materia de investigación, testimonios que insistase, gozan de plena credibilidad, están apoyados en soportes documentales de la actuación y que por lo mismo, constituyen prueba idónea de los asertos de la defensa, idoneidad que coincide con la noción del tratadista Hernando Devis Echandía: *"En cambio para que pueda decirse que un testimonio sirve de prueba (completa o incompleta) de un hecho, es indispensable que en él consta que proviene de quien tenga conocimiento del mismo por haberlo percibido, que es capaz y tiene aptitud física y moral para el acto."*⁶

Por ello, al ser valorados los testimonios de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tal como lo dispone el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, hubieren ofrecido elementos de juicio suficientes para darles eficacia y fuerza probatoria, por cuanto no aparecen desvirtuados por otras pruebas dentro del expediente; al contrario los documentos referidos en párrafos anteriores corroboran que la asesoría jurídica sí existió.

Pero resulta que en el decurso de la audiencia se hicieron presentes los togados expertos que brindaron la asesoría y le indicaron cómo debía actuar, lo cual se ratifica en la postura defensiva asumida por el disciplinado, de quien, hasta último momento, adujo en audiencia la defensa, haber actuado correctamente, convencido y confiada en el apoyo jurídico recibido por quienes funcionalmente estaban vinculados con la Alcaldía para dichos efectos y por otros abogados externos.

Así las cosas, de no haberse demostrado que se actuó correctamente, hubiere cobrado vigencia el denominado error invencible, el cual se presenta, *"...cuando el sujeto no estaba en condiciones de superar la falsa representación, esto es, aquél que aun colocando la atención o cuidado debido no era exigible salir de él, por tanto, se excluye el*

⁶ DEVIS ECHANDÍA Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial tomo 2, pág. 25

Regional de La Guajira

*dolo y la culpa, pues falta el elemento subjetivo propio del tipo. De esta manera el error invencible es aquél que no es consecuencia de negligencia, descuido o falta del esfuerzo que está al alcance del autor, razón por la cual se excluye el dolo y la culpa, dejando la acción atípica por falta de dolo, pues el error invencible... excluye la responsabilidad*⁷, concepto que aterrizado al caso concreto, muestra el panorama de un servidor público a cuyo cargo se encontraba un municipio que no es capital de departamento (Hatonuevo), lo que de paso podría estar dificultando el acceso a otras consultas; acudió al consejo de más de dos abogados especializados en la materia, que hasta último momento la llevaron al convencimiento de que estaba actuando conforme a derecho sin incurrir en falta disciplinaria, y fue prevalido de ese conocimiento, se habría demostrado que actuó de manera errada e invencible, adecuando su conducta en la causal de exclusión de responsabilidad pergeñada en el artículo 28 numeral 6 de la Ley 734 de 2002.

Así las cosas, y sin más consideraciones que plasmar en este fallo, se procederá a ABSOLVER al señor REINER PALMEZANO RIVERO, en razón a que el cargo que le fue imputado, fue desvirtuado.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Regional de La Guajira, en ejercicio de sus facultades legales,

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER al señor REINER PALMEZANO RIVERO, en su condición de alcalde del Municipio de Hatonuevo La Guajira del cargo levantado en su contra, por haber quedado desvirtuado el cargo formulado en su contra, tal como se expuso en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: Informar al quejoso que contra esta decisión procede el Recurso de Apelación, ante la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal, si se interpone en esta audiencia, el cual deberá interponerse y sustentarse una vez proferido y notificado este fallo en estrados.

NOTIFICADO EN ESTRADOS Y CUMPLASE.


CARLOS ARTURO RAMÍREZ HINCAPIÉ
Procurador Regional de La Guajira

Proyectado por
Patricia Mejía Anaya

⁷ GOMEZ LOPEZ Jesús Orlando, Teoría del Delito, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, p.430