

**RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL DESARROLLO
DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

**HELBERTH ANTONIO LOPEZ PEDRAZA
SANDRA JOHANNA YARA DELGADO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DERECHO
DERECHO SANCIONATORIO
BOGOTÁ D.C.
2011**

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

HELBERTH ANTONIO LÓPEZ PEDRAZA
SANDRA JOHANNA YARA DELGADO¹

Resumen: Este es un artículo de revisión, que analiza, interpreta y critica la relación especial de sujeción del servidor público que desarrolla funciones respecto a la contratación estatal en aspectos relevantes y que impliquen una omisión a su deber funcional dentro de la actividad, contiene la doctrina más relevante sobre el tema en autores nacionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado, trabajo de gran interés para los servidores públicos que ejecutan la ley contractual, teniendo en cuenta las relaciones especiales de sujeción frente a sus funciones y deberes, esto desde el punto de vista del debido proceso y la aplicación de las normas sustantivas. Finalmente presenta una propuesta que contiene aspectos de dogmática jurídica sobre intereses o bienes jurídicamente protegidos en los procesos contractuales frente a la responsabilidad como servidor público, a lo cual se considera como el aporte de los autores a las ciencias jurídicas. Se hizo una exhaustiva revisión bibliográfica y se revisaron procesos disciplinarios en ambas instancias, así como la modificación normativa vigente.

Palabras Claves: relación especial de sujeción; servidor público; deber funcional; ley contractual, Pruebas; régimen disciplinario; valoración probatoria; operador jurídico funciones del Estado; potestad disciplinaria del Estado.

INTRODUCCIÓN

Frente a la constante modificación de la normatividad contractual en materia sustancial y procedimental no existe claridad sobre los bienes jurídicos que se vulneran ante el desconocimiento, la desinformación y las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos encargados de las diferentes etapas contractuales y *post* contractuales a la luz del estatuto de contratación estatal.

Según el artículo 2º del código contencioso administrativo, en concordancia con el Art. 209 de la Constitución, los servidores públicos desarrollaran sus funciones,

¹ Especialistas en Derecho Sancionatorio Universidad Militar Nueva Granada.

teniendo en cuenta los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

Los anteriores principios se ven reflejados en lo que la doctrina denomina el “Doble Injusto” y es la doble responsabilidad de los servidores públicos, en la que se les amonesta por cometer una conducta indebida, pero esta sanción es doble, porque se le sanciona también por ser funcionario público y defraudar una expectativa que la sociedad tenía puesta en ellos, como guardianes de los fines del Estado.

La Procuraduría General de la Nación, los entes de control de las entidades públicas, las personerías municipales investigan y sancionan esas conductas ilícitas, y las estudia en cada una de sus diferentes instancias, de acuerdo con el objeto central en el que se enmarca la conducta descrita en el caso en concreto.

El objeto de estudio en la presente investigación, se centra en el análisis del contrato estatal, entendido como el acto de manifestación de voluntad generador de obligaciones, en el que al menos una de las partes intervinientes es una entidad estatal.

La ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, consagran como contrato estatal todo aquel en el que intervenga una entidad del Estado, para esta definición es indiferente si el tipo del contrato al que se refiere va a ser uno civil, comercial o propio de la Administración, porque de todas formas se va a regir y en ciertos aspectos por el Estatuto General de Contratación Estatal, por lo tanto las diferencias que surjan de él, van a ser dirimidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Es por eso que es importante analizar el contrato estatal en su conjunto y las consecuencias jurídicas de la acción u omisión del servidor público en la aplicación de la ley.

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Aspectos Generales en Materia de Contratación Estatal

Para analizar lo anterior hay que tener en cuenta la calidad de los funcionarios a los cuales cubre la responsabilidad disciplinaria; así las cosas es necesario precisar que los servidores públicos tienen una relación legal y reglamentaria con el Estado que parte de *prima facie* de su nombramiento y posesión del mismo para el cargo, caracterizándose por las funciones que desarrolla, descritas en la ley y en los reglamentos, es así como en el campo que ocupa nuestra atención la ley 80 en su artículo 2² ha señalado el alcance y la denominación de estos empleados, y las excepciones aplicables.

1. Contrato Estatal

El Contrato estatal es el acto de manifestación de voluntad generador de obligaciones, en el que al menos una de las partes intervinientes es una entidad estatal.

La entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, mediante la cual se dictó un nuevo régimen de contratación administrativa, vino a dejar de lado la distinción que anteriormente había hecho la ley, la jurisprudencia y la doctrina, entre contratos del sector público y contratos privados de la administración al señalar que los contratos en donde intervienen las entidades estatales, sin distingo alguno, son contratos estatales (artículos 2° y 32° *ibídem*), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa.³

² Artículo 2 ley 80 de 1993 “ se denominan servidores públicos las personas que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que tratar este artículo con expresión de las fundaciones y asociaciones.

³ Corte Constitucional, sentencia C- 892 del 22 de agosto de 2001, M-P Rodrigo Escobar Gil

En este sentido, la ley 80 de 1993, regula las diferentes fases del contrato que serán objeto de estudio y aunque para una mayor comprensión es necesario hacer una revisión de la noción y aplicación de las tres primeras fases que son⁴

- + formación,
- + la celebración
- + y la ejecución del contrato,

Lo que se busca realmente es determinar las irregularidades que inciden respecto a su deber funcional, relacionadas con estos momentos de la contratación en las que comúnmente incurren los servidores públicos, ya sea por acción o por omisión.

Es así como mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1986 se expresa que las entidades estatales se encontraban obligadas a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta imputable a una entidad pública y a sus funcionarios; es por esta sentencia que se presenta una evolución en la jurisprudencia en tres aspectos, la responsabilidad directa, indirecta, y la falla en el servicio.

1.1 Contratos surgidos de las modalidades de selección abreviada, licitación y contratación directa

Las entidades estatales de conformidad con el estatuto de contratación, deberán adelantar los procesos contractuales previo estudio de conveniencia y oportunidad respecto de la disponibilidad presupuestal, los bienes o servicios necesarios para el desarrollo de su objeto social y cumplimiento de los fines esenciales del Estado, acatando las exigencias previamente establecidas en el ordenamiento jurídico, los cuales deberán ser plasmados en los respectivos estudios previos, pliegos de condiciones previamente desarrollados de acuerdo a las modalidades de contratación y recepción de las ofertas, adjudicación del proceso⁵, suscripción del

⁵ El cual compromete la responsabilidad del adjudicatario en la etapa contractual, previamente respaldadas por las garantías actualmente desarrolladas por el decreto 4828 de 2008, en este sentido es menester señalar que el desarrollo de la adjudicación no solo compromete la responsabilidad del adjudicatario frente a su propuesta sino de la administración frente al futuro contratista en lo que respecta con la selección objetiva y los perjuicios que se causen por desconocimiento de la normatividad de carácter especial, es así como se debe tener absoluta

contrato y su respectivo desarrollo enmarcado en lo previamente establecido en los respectivos pliegos de condiciones ajustados a la necesidad de la administración.

1.2 Requisitos de existencia

Son aquellos elementos sin los cuales el negocio jurídico no produce efecto alguno, es así como se concibe bajo este aspecto la manifestación de la voluntad⁶, el objeto lícito⁷ y la causa lícita.⁸ n de tal suerte que a falta de ellos se considera que el negocio jurídico se predica inexistente y por ende no produce efecto alguno.

1.3 Requisitos de validez

Los requisitos de validez, son por regla general para todo tipo de contratos independientemente del régimen jurídico que les sea aplicable, los que consagra el artículo 1502 del código civil, que señala que estos son necesarios para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, como lo es en este caso un contrato estatal la capacidad⁹, el consentimiento libre de vicios¹⁰.

responsabilidad frente al análisis de las propuestas como su respectiva adjudicación toda vez que el acto de adjudicación es de carácter irrevocable.

⁶ Entendida como manifestación de la voluntad desarrollada en el principio de autonomía y acuerdo de las partes es decir contratista y entidad pública a través de la adjudicación del contrato y s posterior suscripción.

⁷ Se concibe de conformidad con lo reglamentado en el Art. 1517 del código civil, una o más cosas así como el dar, hacer o no hacer algo.

⁸ Se concibe como una causa real y lícita es decir el motivo que induce al contrato Art. 1524 de C.C, de acuerdo al Art. 3° de la ley 80/93 es el cumplimiento de los fines esenciales del estado previamente establecidos en el Art. 2 de la Constitución Nacional, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

⁹ El artículo 6° establece que pueden celebrar contratos con las entidades estatales, las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, por consiguiente no podrán contratar con el Estado quienes están catalogados como incapaces en la ley civil o mercantil ni quienes están incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad.

Se entiende que el mencionado artículo 6° se remite entonces al artículo 1502 del Código Civil que determina que la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma sin el ministerio o la autorización de otra.

¹⁰ Determinado por el error como discrepancia entre el pensamiento y la realidad el cual se enmarca en error en la naturaleza del acto y negocio y en la identidad del objeto y error en la

1.4 Requisitos de ejecución

Este es uno de los temas más importantes en materia de contratación, no solo porque implica el momento en el cual el contrato puede iniciar su ejecución siendo un requisito esencial, por consiguiente se constituye en uno de los temas que más se investiga en la Procuraduría, pero antes de revisar lo que corresponde a las irregularidades es importante conocer cuáles son estos requisitos y algunas posiciones jurisprudenciales.

Están consignados en los artículos 25 y 41 de la ley 80 de 1993 y son los siguientes:

1.4.1 Garantía única de cumplimiento

Es un contrato accesorio por el cual una tercera persona distinta del contratante y del contratista, se compromete por su cuenta y riesgo, previamente con el contratista a responder económicamente al Estado, por los perjuicios ocasionados por el contratista en la ejecución del contrato cuando exista incumplimiento de las obligaciones.

Es decir, consiste generalmente en una póliza expedida por una compañía legalmente establecida, las cuales pueden ser expedidas por cualquier compañía de seguros legalmente constituida o en garantías bancarias que avalan el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantiene vigente durante su vida y liquidación.

Cabe la pena resaltar que el Decreto 4828 de 2008 amplió las modalidades por las cuales un contratista puede garantizar la ejecución del contrato, de tal forma que en la actualidad pueden ser admitidas como garantías y no pueden ser negadas por las entidades públicas: **FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTÍA, GARANTIA**

persona con quien se tiene intención de contratar respecto de su identidad y/o sobre las cualidades de la misma; la fuerza determinada cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio es decir se predica cuando la injusta coacción física o moral ejercida sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico(de acuerdo a lo señalado en la CSJ-Casación Civil- sentencia de fecha 15-04-69) y el dolo entendido como maniobras fraudulentas , engaños, mentira, reticencias de que una persona se sirve para engañar a otro con ocasión de un contrato de acuerdo a lo referenciado por los tratadistas Weill y Terre(TAMAYO LOMBANA Alberto. *Manual de Obligaciones* .Editorial TEMIS. Bogotá 1990)

BANCARIA A PRIMER REQUERIMIENTO, ENDOSO EN GARANTIA, DEPÓSITO EN DINERO DE LA GARANTÍA.

A demás el decreto señaló algunas causales taxativas en las cuales se debe otorgar el tipo de póliza y que por ende dependerán del tipo de contrato a ejecutar y del convenio de las partes, de conformidad con lo estipulado en los estudios previos y pliegos de condiciones amparando no solo el contrato sino además la oferta presentada en la etapa precontractual de los siguientes riesgos:

- Cumplimiento del contrato de acuerdo con los términos y condiciones acordadas
- Manejo de los anticipos.
- Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal utilizado por el contratista para ejecutar el contrato
- Estabilidad de la obra, calidad del servicio y buen funcionamiento de equipos, se presenta más claramente en los contratos de obra aún cuando estos hayan culminado.

1.4.2 Disponibilidad presupuestal

Es un requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos que se desprenden del proceso precontractual y contractual con el fin que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender los gastos que se deriven del negocio jurídico del cual hace parte el Estado.

Para entender el tema presupuestal en las distintas fases de la contratación es importante hacer la distinción sobre la metodología aplicable al Presupuesto Oficial de la Entidad en esta materia, se hace en tres etapas:

Es decir, es la libertad de recursos para dedicarlos a un determinado compromiso. El Tesorero, debe certificar la existencia de disponibilidad de rubro presupuestal y presupuesto disponible, para la obra o inversión. Sin la existencia del certificado de disponibilidad presupuestal, no se podrá iniciar el proceso de licitación¹¹

¹¹ ANDRÉS MUTIS VANEGAS, ANDRÉS QUINTERO MÚNERA. *La contratación estatal análisis y perspectivas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, año 2001.

1.4.2.2 **La reserva**

Significa una afectación al presupuesto de la Entidad, cuando se adjudica el contrato; lo que estaba disponible, quedo comprometido; quedo reservado y no se puede gastar sino con relación a ése contrato. La Reserva es una instancia ya de la adjudicación o de la aplicación.

1.4.2.3 **El Registro**

Opera el Registro, cuando se efectúa el gasto, es la protocolización de la reserva en los libros de contabilidad. Para los gastos, que genere el contrato, parciales o definitivos, el ordenador, debe contar con el certificado de Reserva y Registro Presupuestal.

2. Responsabilidad en el régimen disciplinario

Busca asegurar la buena marcha de la administración pública bajo los principios establecidos en el Art. 209 de la Constitución Política de Colombia, en el entendido de la aplicación y ejercicio de los fines esenciales del Estado, garantizando así los derechos y libertades públicas de los asociados frente a las actuaciones objeto de acción, omisión, o extralimitación del ejercicio de la funciones ejercidos por los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas, bajo el precepto de sujeción especial del Estado por las normatividad existente, en virtud de la potestad estatal de imponer sanciones y aplicar correctivos¹².

Dichas sanciones y correctivos busca amonestar las fallas presentadas en relación con el deber funcional del servidor público y por ende la ilicitud sustancial del actuar.

Bajo este marco ha de concluirse que el régimen disciplinario se encuentra desarrollado bajo los conceptos de disciplina, administración pública y cumplimiento efectivo de los principios esenciales de la administración y sus fines esenciales.

¹² JOSE ENRIQUE AYALA CALDAS- *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*-Ediciones Doctrina y Ley LTDA-.

Lo anterior, desarrollado a través de un proceso disciplinario compuesto por normas sustanciales y procesales que aseguran principios constitucionales como el debido proceso y la estructura del proceso disciplinario por medio del cual se determina la responsabilidad disciplinaria o en su defecto se desvirtúa¹³.

2.1 Irregularidades cometidas por los funcionarios públicos respecto al proceso contractual

Las investigaciones que se han llevado a cabo en torno al tema de contratación estatal y la responsabilidad disciplinaria se han aperturado por el desconocimiento de la normatividad aplicable a la etapa precontractual (estudios previos, proyecto de pliegos, pliegos definitivos, presentación de las propuestas, evaluación de los comités y adjudicación) y contractual (celebración de los contratos, expedición del registro presupuestal, aprobación de pólizas, ejecución de los mismos y liquidación del negocio jurídico) desconociendo la garantía de la función pública en lo que respecta a la transparencia, legalidad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia, eficiencia, régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses que se debe observar en el desempeño del cargo y funciones propias del servidor público a la luz de la constitución política y las leyes.

Así las cosas es menester señalar que uno de los casos mas recurrentes en el ámbito estatal es el desconocimiento de los requisitos esenciales de los negocios jurídicos es decir la falta de capacidad de los contratistas con personas jurídicas que no tienen la competencia para ejecutar el objeto del contrato y en algunos casos ni siquiera para celebrar el acto jurídico como tal (porque no existían cuando se celebró el contrato).

En este aspecto la Procuraduría ha expresado *“la exigencia de capacidad en la persona del contratista no es una exigencia caprichosa de la ley, ella tiende a buscar seguridad en la contratación especialmente por el tema de responsabilidad por lo que también deja en claro que el estatuto contractual impone que las entidades estatales a él sometidas, solamente pueden contratar con personas*

¹³ JOSE ENRIQUE AYALA CALDAS- *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*-Ediciones Doctrina y Ley LTDA

*consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes*¹⁴, por lo que no se acepta la contratación con “entidades” que están en proceso de adquirir su personería jurídica o en proceso de simple constitución, pues la ley es muy clara en circunscribir la capacidad de estos sujetos de la contratación, a su objeto y si aún no se han constituido plenamente, no se puede hablar de un objeto que puedan desplegar o desarrollar máxime cuando no cuentan con la actividad, especialidad y grupo necesario para la prestación del servicio o suministro de los bienes y es ahí cuando se manifiesta su falta de capacidad.

Así mismo señala que aunque se tenga la capacidad para contratar, al requerirse alguna autorización para hacerlo puesto que alguna disposición legal así lo exige, debe contarse con la misma pues de lo contrario la competencia no es completa y hay incapacidad o falta de competencia, este caso, se presenta especialmente en algunas actuaciones de los alcaldes y gobernadores quienes proceden a desarrollar el trámite contractual sin contar, cuando así se requiere, con la autorización del Concejo Municipal o de la Asamblea Departamental respectiva.

En estos casos se deben observar que para efecto de excluir la responsabilidad disciplinaria no basta alegar la delegación¹⁵ que recae en muchos servidores públicos, ya que la ausencia de responsabilidad no se configura en este caso pues el delegante está en la obligación de supervisar que el contrato estatal celebrado y el procedimiento por el que se perfecciona el mismo cumpla con los requisitos señalados en la ley.

En este sentido, se ha determinado jurisprudencialmente que existe un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las funciones delegadas, máxime cuando el artículo 209 de la Constitución, señala que el “*deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal*”, de lo cual se desprende que el delegante tiene el

¹⁴ Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa. Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Radicación 21-25431-1999. Diciembre 5 de 2003.

¹⁵ *Entiéndase que en la delegación el conocimiento del asunto se puede asumir en cualquier momento, como lo dispone el citado artículo 211. Resulta obvio entender que para ello se tiene que estar en permanente y constante control del delegado, pues éste actúa “bajo las orientaciones generales que le indique el titular de la función”* Corte Constitucional, Sentencia C-561 De 4 de Agosto de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

*deber de revisión y el seguimiento de las decisiones que se tomen en virtud de la delegación y el delegatario el ejercicio de la delegación, en particular*¹⁶.

Por lo tanto deberá tenerse en cuenta que la delegación como mecanismo jurídico no implica la desatención en las actividades que se desprenden de las funciones propias del cargo desempeñado, es decir el desconocimiento de los principios que rigen la función administrativa¹⁷,

Es así como la responsabilidad disciplinaria que se desprende por ilegalidad en el desarrollo de las actividades propias de la delegación se estudian desde el fenómeno de la determinación¹⁸, o por comisión por omisión¹⁹

De tal suerte que la sanción aplicable en ejercicio del derecho sancionatorio será correspondiente con el tipo disciplinario infringido y el grado de culpabilidad del delegante y delegado.

Sin embargo y pese a lo normado el argumento de la ausencia de responsabilidad del funcionario por delegación en otro, es tal vez el más utilizado en los descargos de todas las investigaciones disciplinarias, siendo claro que en estos casos no se desliga la responsabilidad del servidor dada la relación especial de sujeción a la cual se encuentra sometido cualquier servidor público, que es posible afirmar que la esencia de la falta pende de la calidad del servidor sin que se pueda desligar de esta afirmación que la misma basta por sí sola para lograr sancionar, se deben incluir otros presupuestos tales la afectación de la función estatal y el grado de omisión por parte del servidor respecto a su deber funcional.

¹⁶ Concepto de EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN - Procurador General de la Nación- Bogotá, Abril de 2003.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-372 De 15 de Mayo de 2002, Magistrado Ponente JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

¹⁸ Concepto de EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN - Procurador General de la Nación Cuando el delegante determina conductas reprochables materializadas por el delegatario (autor material, - Bogotá, Abril de 2003.

¹⁹ *Se predica de la negligencia del delegante en el control de las actividades desarrolladas por el delegatario o en su defecto frente al conocimiento de las actividades ilegales desarrolladas por el delegatario se abstiene de adelantar el control- Concepto de EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN - Procurador General de la Nación- Bogotá, Abril de 2003.*

Es así como la responsabilidad, penal, fiscal y disciplinaria en materia contractual no solo se predica del representante legal de la entidad en calidad de ordenador del gasto, sino también del grupo asesor de contratación y sus respectivos miembros de los comités evaluadores²⁰ y en la etapa contractual y post contractual en los funcionarios que tengan bajo su cargo la supervisión, vigilancia y control de los bienes fiscales que se disponen a través de la contratación estatal, quienes están en la obligación de verificar las fases del contrato, pues simplemente se podrá avocar esta delegación como una causal para dosificar la imputación que podrá efectuarse por **(dolo, culpa)** mas no como de exclusión de responsabilidad, la esencia de la sanción y por ende su configuración pende de la producción de un resultado esto bajo la nueva tesis que viene manejando la **Procuraduría General la Nación** no bastando únicamente el sanción disciplinaria y no estructurar la falta entendida como tal.

En este estadio es importante recordar los requisitos que la misma ley establece para los contratos sea que los mismos se sometan al estatuto contractual o al régimen del derecho privado:

Bajo este concepto ha de entenderse que son sujetos disciplinales a la luz del Código Único Disciplinario los servidores públicos, los particulares que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales, así como aquellos que prestan servicios públicos a cargo del Estado, Es decir que las funciones impliquen *“la manifestación de las potestades inherentes al Estado y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador”*²¹.

Dentro de este contexto el comportamiento en el marco del derecho sancionatorio específicamente en el ordenamiento disciplinario se determina por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes y funciones propias del cargo o con ocasión de ellos o por extralimitación de las funciones, en este aspecto es necesario resaltar que nuestro ordenamiento establece que cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado y no evitarlo pudiendo hacerlo equivale a producirlo²².

²⁰ Es decir comité jurídico, económico y técnico.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 28 de enero de 2003, Magistrado Ponente ALVARO TAFUR GALVIS.

²² Artículo 27 de la Ley 734 de 2002

Así las cosas las imputaciones más frecuentes en derecho disciplinario por el desconocimiento de la normatividad existente corresponde a:

A) Desconocimiento de los deberes contemplados en Art. 34 de la ley 734 de 2002 correspondientes a:

- Cumplimiento diligente, eficiente e imparcial del servicio encomendado al servidor público o particular que ejerce funciones públicas,
- Abstención u omisión que cause la perturbación injustificada del servicio esencial
- Publicidad de los procesos contractuales adjudicados y declarados desiertos²³

B) Incursión en prohibiciones establecidas en el Art. 35 del CDU, así: como celebración de contratos con organismos internacionales o gobiernos extranjeros sin previa autorización del Gobierno Nacional.

C) Respecto de las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses:

- Inhabilidades sobrevinientes
- Estar incurso en inhabilidades por sanción disciplinaria o penal
- Haber sido responsable fiscalmente²⁴
- Cuando se tenga interés en particular y directo en la regulación, gestión control o decisión en el asunto.

D) Incursión en faltas gravísimas tales como:

- Incursión de la conducta en un hecho punible a título de dolo cometido en razón al cargo, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.
- Asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras sin contar con las respectivas autorizaciones.

²³ Hace referencia a la publicidad en lugar visible de la entidad en la cual se establezca el objeto, valor y nombre del adjudicatario.

²⁴ Esta inhabilidad cesa cuando haya sido excluido del boletín de responsables fiscales por la Contraloría General de la Republica.

Efectuar inversiones de recursos públicos en condiciones que no garanticen seguridad y rentabilidad del mercado.

-Celebración de contrato de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo, implicación de subordinación y ausencia de autonomía, sin estar incurso en las excepciones de ley.

-Intervención en la trámite, aprobación, celebración y ejecución del contrato estatal con persona incurso en inhabilidades, incompatibilidades prevista en la constitución o en la ley, omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos, desconocimiento de los principios que regula la contratación estatal y la función administrativa

- Declaración de caducidad de los contratos sin que se presenten las causales previstas en la ley.
- Aplicación de urgencia manifiesta sin existir las causales en la celebración de los contratos.
- No dar cumplimiento a las funciones designadas al interventor respecto de la exigencia de la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, los exigidos por normas técnicas obligatorias y certificar el recibido a satisfacción del objeto contratado que no ha cumplido con las características técnicas objeto del contrato.
- Dar lugar al silencio administrativo positivo respecto de las peticiones de los oferentes y contratistas.

Desde esta perspectiva, se hace necesario recalcar que la acción disciplinaria no solo procede contra servidores públicos o particulares que ejerzan funciones públicas sino contra aquellos que se encuentren desvinculados o retirados del servicio cuando las conductas se hayan ejecutado en razón a las funciones desempeñadas.

3. Concepto de ilicitud sustancial

Se entiende como infracción sustancial del deber **el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta** (...)”²⁵, es decir que con la conducta del servidor público o particular con funciones públicas atente o ponga en peligro la función pública.

Desde esta perspectiva el operador disciplinario no solo debe establecer la adecuación de la conducta en el tipo disciplinario sino determinar si el comportamiento es reprochable legalmente, de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional así:

“(…). Finalmente, (iii) teniendo en cuenta que el derecho disciplinario, como lo ha reconocido esta Corporación en sentencias C-1076 de 2002²⁶, C-125 de 2003²⁷ y C-796 de 2004²⁸, se somete al principio constitucional de proporcionalidad (C.P. arts. 1º, 2º y 13), es obligación del funcionario investigador determinar si el comportamiento reprochable en materia disciplinaria resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada. De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor pública o al particular, **SE AJUSTA AL PRINCIPIO DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL O LESIVIDAD** reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5º de la citada ley, según el cual: **“EL QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA SÓLO MERECE REPROCHE DISCIPLINARIO CUANDO LA MISMA ESTÁ CONCEBIDA PARA PRESERVAR LA FUNCIÓN PÚBLICA, Y LA INFRACCIÓN, EN EL CASO CONCRETO, LA VULNERA O LA**

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente ALVARO TAFUR GALVIS

²⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

PONE EN PELIGRO". (...) ²⁹" (el subrayado, las letras inclinadas, las mayúsculas sostenidas y las negrillas fuera del texto).

3.1. La ilicitud sustancial en el contrato estatal

Al respecto es necesario señalar que la administración pública desarrolla sus planes y políticas por intermedio de la contratación estatal, entendida la misma como la forma por la cual se adquieren bienes y servicios los cuales son necesarios para el cumplimiento de los fines que cada ente público persigue, de tal forma que tal adquisición no opera de manera directa únicamente con los requisitos que establece el Código Civil en cuanto a los contratos solemnes que se perfeccionan con el consentimiento de las partes y la firma de un convenio o contrato.

En el derecho público no basta únicamente el acuerdo o consentimiento de las partes para que se generen obligaciones recíprocas, es necesario se cumplan con una serie de formalidades que deben ser apreciadas por los servidores públicos encargados de manejar los procesos y así se logre la adquisición de los bienes, requisitos que son de obligatorio cumplimiento y que se surten en las etapas precontractual, contractual y de liquidación, adicionados por leyes o decretos especiales que redundan en la protección al patrimonio público y estando sometida la administración pública al principio de legalidad, su actividad se desarrolla con sujeción a la ley preexistente. Por ello, su actuar, en materia contractual, debe ceñirse al procedimiento determinado, acatando los principios que le son inherentes y los propios de la función administrativa.

De allí que la ilicitud sustancial del comportamiento correspondiente al servidor público en el contrato corresponde al incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses

Es decir cuando el servidor público se aparta del cumplimiento de aquellas obligaciones que devienen de la función que se desprende del cargo desempeñado

²⁹ Corte Constitucional -sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, Ponencia del Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL

4. Responsabilidad patrimonial contractual de los servidores públicos

La responsabilidad contractual se considera como aquella que nace para el servidor público de indemnizar cuando ocasiona un daño, con el incumplimiento, cumplimiento parcial o tardío, de mora o desconocimiento de obligaciones, adquiridas con ocasión de un contrato, básicamente con ocasión de un contrato estatal.

Esta circunstancia se puede encontrar plasmada en la ley 80 de 1993, en el artículo 51°, cuando refiere la responsabilidad en los términos disciplinarios, civiles y penales frente a sus acciones u omisiones en la actuación contractual, lo que implica que al servidor público que tenga bajo su vigilancia, control y ejecución del objeto contratado protegerá los derechos de la entidad, del contratista o de terceros que puedan afectar la ejecución del contrato, conforme a lo anterior, el particular que ejerce funciones públicas responde por sus actuaciones contractuales en los términos del Art. 7° ibídem, por la puesta en peligro del servicio público que se pretende satisfacer atendiendo a la naturaleza y objeto que se establece en el contrato.

Desde esta perspectiva se evidencia que el deber funcional del servidor público esta precedido por las reglas en materias de contratación estatal, lo cual ha sido reiterado por la Corte Constitucional cuando establece en su jurisprudencia el principio constitucional de la clausula patrimonial del Estado tanto de naturaleza contractual como extracontractual³⁰.

Ahora bien, en el campo de la actividad contractual los procesos de selección será del Jefe o representante de la entidad estatal quien únicamente podrá delegar la actividad contractual de acuerdo a los parámetros previamente establecidos en el Art. 12°³¹ de la Ley 80 de la Ley 80 de 1993, excepción que únicamente se aplica en los casos de los numerales 1,2,3,4 y 5 del Art. 26° Ibídem.

³⁰ Consejo de Estado- sala contencioso administrativa- sección tercera- sentencia del 8 de mayo de 1995- exp. 8118 Consejero Ponente. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

³¹ El cual señala que la delegación puede ser total o parcialmente en materia de competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

En este, sentido se hace necesario señalar que la responsabilidad del servidor público compromete su patrimonio que puede ser accionada por el estado mediante Acción de Repetición³².

Es así, como la responsabilidad enmarca tres campos:

1. Frente al Estado
2. Frente al contratista
3. Frente a terceros

Existen algunos ejemplos del servidor público que actúa por dolo o culpa grave derivados de sentencias del Consejo de Estado así:

1. Inclusión de cláusulas exorbitantes que atenten contra las partes del contrato o contra terceros que puedan intervenir en su ejecución.³³
2. Indebida utilización de los mecanismos de selección objetiva establecidos por la Ley 80 de 1993³⁴.
3. No aplicación de los procedimientos legales de contratación estatal³⁵

En este sentido se hace necesario señalar que no solo se determina la responsabilidad en materia disciplinaria y penal respecto de las actuaciones de los servidores públicos sino también la denominada la responsabilidad fiscal, la cual se caracteriza por:

- Detrimento del recurso publico
- Es un régimen de responsabilidad independiente y autónoma
- Funcionalmente es ejercida por: Contraloría General de la República a nivel Gral.
- La naturaleza de la responsabilidad fiscal: es inminentemente administrativa

³² “Para poder intentar la acción de repetición en materia contractual conforme al art. 90 de la constitución política la actuación del servidor publico debe sustentarse en el dolo o la culpa grave” Jorge Enrique Ayala Caldas- Responsabilidad de los servidores públicos- pág. 282.

³³ Consejo de estado- Sala de lo Contencioso Administrativa-Sección tercera- sentencia del 3 de diciembre de 1992- Consejero Ponente. DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ.

³⁴ Consejo de estado- Sala de lo Contencioso Administrativa-Sección tercera- sentencia del 14 de febrero de 1992-Consejero Ponente. JUAN DE DIOS MONTES.

³⁵ Consejo de estado- Sala de lo Contencioso Administrativa-Sección tercera- sentencia del 4 de diciembre de 1992.Consejero Ponente. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

- El objetivo de la Responsabilidad Fiscal. Es resarcir los daños ocasionados mediante el pago.
- Elementos Responsabilidad Fiscal:
 - Daño patrimonial del estado
 - Conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza la gestión fiscal
 - Nexo causal entre la conducta dolosa o culposa y el daño patrimonial de estado

De lo anteriormente señalado se desprende el denominado Control Fiscal, realizado por la Contraloría General de la República en sus diferentes niveles sea nacional, departamental, etc. bajo el ejercicio de la función pública, cuyo objetivo es la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación, proteger la integridad del patrimonio público y garantizar la correcta utilización de los recursos públicos, cuya fuente constitucional es el Artículo 267.

En este sentido entiéndase que el deber funcional del servidor público se predica de la Constitución, la ley y los reglamentos, en procura de satisfacer los servicios para un mejor logro de sus fines, y funcional el desempeño del cargo, en el desarrollo del especial vínculo que existe entre el servidor público o particular que ejerce funciones públicas bajo ciertas condiciones y el Estado, que se determina en los deberes funcionales que pueden por acción, omisión o extralimitación ser objeto de reproche disciplinario, de conformidad con la normatividad vigente.

5 Responsabilidad patrimonial extracontractual de los servidores públicos

Esta clase de responsabilidad se predica del daño ocasionado en el patrimonio y con la cual no liga ningún nexo contractual, es así como esta clase de responsabilidad es necesario resaltar que no se depende de ningún contrato.

De lo anterior, se depende que ante la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado por acción, omisión o extralimitación en el actuar funcional del servidor público, denominada como una conducta dolosa o gravemente culposa se desprende la acción de repetición, la cual deberá ser interpuesta por el

representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la cual fecha en que la entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo.

Esta clase de acción conocerá la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, conforme a las competencias determinadas a los Tribunales Administrativos y Consejo de Estado.

CONCLUSIONES

1. La calidad de servidor público o particular que ejerce funciones públicas especialmente aquellos encargados de dirigir la actividad contractual en las entidades del Estado, implica el cumplimiento de la Constitución, las leyes, los estatutos y reglamentos de la entidad respectiva.
2. Los servidores públicos y particulares encargados de la función pública en la administración de recursos, de dirección y vigilancia y control de las etapas precontractual, contractual y *post* contractual deben adelantar sus funciones enmarcadas en los fines que deben regir la función pública y los preceptos constitucionales en todas y cada una de sus actuaciones administrativas.
3. El proceso contractual de las entidades públicas debe regirse por los principios constitucionales de la administración pública en concordancia por los establecidos en el estatuto de contratación estatal.
4. De la relación especial de sujeción se determina la calidad del servidor público, frente a las actuaciones por acción, omisión o extralimitación en los respectivos procesos precontractuales, contractuales y post contractuales.
5. El deber funcional se desprende de los principios de la administración pública debidamente determinados en el Art. 209 de la Constitución Política de Colombia y el Art. 23 de la Ley 80 de 1993.³⁶
6. El desconocimiento de la normatividad contractual en concordancia con lo preceptuado en la Constitución, ley y reglamentos son objeto de reproche del proceso disciplinario cuando desconocen los principios de la administración pública, la contratación estatal y fines esenciales del Estado, por quebrantamiento de la función social, bajo el aseguramiento del respeto por la dignidad humana, debido proceso y efectiva prestación del servicio público.

³⁶ Este artículo se refiere a los principios de transparencia, economía y responsabilidad de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

BIBLIOGRAFIA

NORMATIVIDAD

- Constitución Política
- Estatuto de Contratación Pública
- Ley 734 de 2002
- Corte Constitucional, Sentencia C-561 De 4 de Agosto de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-372 De 15 de Mayo de 2002, Magistrado Ponente JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
- Corte Constitucional, sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente ALVARO TAFUR GALVIS
- Corte Constitucional, sentencia C-037 de 28 de enero de 2003, Magistrado Ponente ALVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional -sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL
- Consejo de Estado- sala contencioso administrativa- sección tercera- sentencia del 8 de mayo de 1995- exp. 8118 Consejero Ponente. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ
- Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativa- Sección tercera- sentencia del 3 de diciembre de 1992- Consejero Ponente. DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ.
- Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativa- Sección tercera- sentencia del 14 de febrero de 1992- Consejero Ponente. JUAN DE DIOS MONTES.
- Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativa- Sección tercera- sentencia del 4 de diciembre de 1992. Consejero Ponente. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

AUTORES

- **AYALA CALDAS**, José Enrique - La Responsabilidad de los Servidores Públicos: Ediciones Doctrina y Ley LTDA-Pág. 282, 338, 441.
- **MUTIS VANEGAS**, Andrés; **QUINTERO MÚNERA**, Andrés. La contratación estatal análisis y perspectivas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, año 2001.Pág .230
- **TAMAYO LOMBANA**, Alberto. *Manual de Obligaciones*: Editorial TEMIS. Bogotá 1990, Pág. 170
- Concepto de **MAYA VILLAZÓN** Edgardo José - Procurador General de la Nación- Bogotá, Abril de 2003.
- Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Radicación 21-25431-1999. Diciembre 5 de 2003. Procurador Delegado **HERRERA BARBOSA**, Benjamín.

HELBERTH ANTONIO LOPEZ PEDRAZA
Calle 183 No. 11-55 bloque 21- apto 301 Bogotá D.C- Colombia
C.C.# 91,519.052 de Bucaramanga
Cel.: 3103233176
E-Mail: *helberry@hotmail.com*

Perfil

Abogado con amplia experiencia en el derecho administrativo y publico, trayectoria en la administración pública como Inspector de Policía Municipal, Secretario de Gobierno de Enciso Sder, funcionario público de la Defensa Civil Colombiana en la Dependencia de Oficina Asesora Jurídica, cargos en los cuales se han manejado los diferentes roles tanto en el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad del municipio como en la estructura orgánica y funcional del mismo, además de las funciones inherentes a los cargos como funcionario público.

Profesional con alto grado de actualización en materia administrativa y pública y otros estudios complementarios como diplomados en contratación estatal seminarios en derecho penal, policivo, certificación ante la cámara de comercio como CONCILIADOR, estudios que son indispensables para el desarrollo de un abogado a la altura de las exigencias actuales.

Estudios

- Título de Abogado. Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Auditor Interno en Sistema de Gestión de Calidad, bajo el modelo GP1000:2004., 2009.
- Diplomado en contratación estatal. Universidad Javeriana.2009.
- Formulación y evaluación de proyectos productivos- Servicio Nacional de Aprendizaje (2009)

Cargo Actual

- Profesional Defensa del área de Control Interno Disciplinario de la Defensa Civil Colombiana

HELBERTH ANTONIO LOPEZ PEDRAZA
ABOGADO

SANDRA JOHANNA YARA DELGADO

Calle 183 No. 11-55 bloque 21- apto 301 Bogotá D.C- Colombia C.C.

CC 63.538.593 de Bucaramanga

Cel.: 3132708372

E-Mail: sanyadel1283@ hotmail.com

Perfil

Abogado con amplia experiencia en el derecho administrativo y publico, trayectoria en la asesoría jurídica de las Fuerzas Militares en el ámbito de Derecho Administrativo y Derecho Disciplinario correspondiente al régimen especial de la Ley 836 de 2003, funcionaria pública de la Defensa Civil Colombiana en la Oficina Asesora Jurídica, cargos en los cuales se han asesorado en materia disciplinaria, contractual y contencioso administrativo, además de las funciones inherentes a los cargos como funcionario público.

Profesionalmente ha profundizado en acciones del derecho disciplinario, administrativo y constitucional en ejercicio del rol desempeñado en el Ejercito y Ministerio de Defensa- Defensa Civil Colombiana en áreas de contratación, derecho disciplinario y jefatura a partir de la experiencia en la rama ejecutiva.

Lo anterior, le ha generado experticia en los tópicos mencionados con una amplia y versátil visión que le permite buscar soluciones y proponer alternativas.

Estudios

- Título de Abogado. Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Auditor Interno en Sistema de Gestión de Calidad, bajo el modelo GP1000:2004., 2009.
- Formulación y evaluación de proyectos productivos- Servicio Nacional de Aprendizaje (2009)

Otros Cursos

- Conciliación (2004)
- Sistema Penal Acusatorio Colombiano (2004)
- Ciencias Forenses e investigación criminal en el sistema penal acusatorio – Academia Internacional de Altos Estudios Forenses (2005).
- Derechos humanos y procedimientos jurídicos (2006)
- Derecho internacional de conflictos armados (2006)

- Congreso derecho disciplinario-Universidad del Rosario (2006)
- Auditor Interno bajo modelo GP 1000:2004 (2008)
- Formulación y evaluación de proyectos productivos- Servicio Nacional de Aprendizaje (2009)

Cargo Actual

- Profesional Defensa de Oficina Asesora Jurídica de la Defensa Civil Colombiana

SANDRA JOHANNA YARA DELGADO
ABOGADO