

**RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS DE LA ALCALDIA DE
MANIZALES EN CONTRATOS ESTATALES EN EL AÑO 2014.**

JULIO CÉSAR GARCÍA CARDONA

OMAR OROZCO CÁRDENAS

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

PEREIRA

2015

**RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS DE LA ALCALDIA DE
MANIZALES EN CONTRATOS ESTATALES EN EL AÑO 2014.**

JULIO CÉSAR GARCÍA CARDONA

OMAR OROZCO CÁRDENAS

Mg. EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA

Director de Posgrados

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

PEREIRA

2015

1. INT

Tanto la responsabilidad fiscal como la responsabilidad patrimonial están reguladas por normas especiales, es decir, las disposiciones legales que rigen lo concerniente a la responsabilidad fiscal no son las mismas que reglamentan la responsabilidad patrimonial.

No obstante, existe por parte de los servidores públicos un preocupante desconocimiento de las situaciones a la responsabilidad fiscal y a la patrimonial así como de las normas aplicables en cada caso.

Por lo anterior, la normatividad de la responsabilidad fiscal suele ser confundida con la de la patrimonial lo que ocasiona que el presunto responsable sea procesado conforme a unas disposiciones legales diferentes a las que rigen el caso concreto y ante autoridades que carecen de competencia para conocer del asunto.

Tal confusión sin lugar a dudas acarrea graves perjuicios para el Estado y para el imputado, entre los que se encuentran el desgaste del aparato administrativo y judicial debido al mal uso de los recursos físicos, financieros y humanos así como la violación de derechos fundamentales como el debido proceso.

Para evitar el detrimento de recursos estatales y la transgresión de derechos fundamentales es necesario entonces que los servidores públicos tengan claras las

diferencias existentes entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad patrimonial, de tal forma que el presunto responsable sea procesado y juzgado según las normas propias de cada tipo de responsabilidad.

En este trabajo se hace una clara distinción entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad patrimonial del servidor público en Colombia, explicándose las conductas de las que se desprenden y la normatividad aplicable en cada caso.

La investigación realizada se efectuó con apoyo en los elementos constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales necesarios para justificar el proyecto presentado.

2. FUNDAMENTACION DEL PROBLEMA

Los perjuicios ocasionados en materia de contratación estatal por falta de planeación, estudios técnicos, falta de profesionales idóneos, clientelismo y corrupción, desencadenan detrimento patrimonial, variación en las obras durante el desarrollo del contrato, desequilibrio económico para las partes donde generalmente se perjudica al Estado debido a las demandas en contra del mismo. Se genera así también nulidades del proceso contractual, falta de confianza de los asociados en lo público, e investigaciones disciplinarias, fiscales y penales en contra de los servidores públicos responsables del proceso contractual.

2.1 Pregunta de investigación

¿Cuáles son las consecuencias que genera la falta de planeación en materia de contratación estatal en Manizales durante el 2014?

3. HIPOTESIS

Afirmativa

Los perjuicios ocasionados en materia de contratación estatal por falta de planeación, estudios técnicos, falta de profesionales idóneos, clientelismo y corrupción, desencadenan detrimento patrimonial, variación en las obras durante el desarrollo del contrato, desequilibrio económico para las partes donde generalmente se perjudica al Estado debido a las demandas en contra del mismo. Se genera así también nulidades del proceso contractual, falta de confianza de los asociados en lo público, e investigaciones disciplinarias, fiscales y penales en contra de los servidores públicos responsables del proceso contractual.

Negativa

No existe normatividad vigente y el orden jurisprudencial en la materia de contratación estatal en Colombia.

4. JUSTIFICACION

La presente investigación es de utilidad a todos los servidores públicos de la ciudad de Manizales y del departamento de Caldas, es de utilidad también a ordenadores del gasto, abogados asesores en materia contractual estatal, quienes fungen o van a fungir como interventores o supervisores de contratos estatales, y a quienes actúan como contratistas.

Sirve para que se ejecute de manera adecuada el presupuesto estatal en la contratación, para evitar investigaciones y sanciones disciplinarias, fiscales y penales, desequilibrio contractual, demandas, nulidades del proceso contractual y detrimento patrimonial.

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo General

Explicar las conducencias que genera la falta de planeación en materia de contratación estatal en Manizales durante el 2014

5.2 Objetivos específicos

- Examinar la normatividad vigente y el orden jurisprudencial en la materia de contratación estatal en Colombia.
- Identificar las causas de la falta de planeación en los contratos estatales en Manizales durante el año 2014
- Evaluar las consecuencias de la falta de planeación en contratación estatal y la responsabilidad patrimonial del funcionario por dicha omisión, durante el año 2014

6. MARCO REFERENCIAL

6.1 Estado del arte

Verificadas las fuentes de información secundaria, se pudo encontrar que sobre el particular se han presentado aportes importantes condensados en ensayos indexados y publicados en diferentes revistas que se enuncian a continuación.

Diferentes profesionales del derecho han hecho alusión al estudio de la responsabilidad fiscal y la responsabilidad patrimonial, de manera independiente sin que se clarifiquen las diferencias puntuales en las mismas y en su procedimiento. Así por ejemplo en la revista Prolegomenos de la Universidad Militar Nueva Granada, se encuentra el escrito indexado de Eugenia Correa Gómez y Héctor Pinzón Maldonado, publicado en el año 2011, en el que realizan el siguiente apunte sobre la responsabilidad fiscal del servidor público:

El control que se ejerce sobre la gestión fiscal desplegada por la administración y los particulares en ejercicio de funciones administrativas, cuenta con un mecanismo como lo es el proceso de responsabilidad fiscal, regido en la actualidad por la Ley 610 de 2000 *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*. Dicha ley reglamenta todo lo relacionado con esta actuación administrativa, establece competencias específicas, indica los términos para cada etapa del procedimiento, señala las causales de responsabilidad fiscal, la caducidad de la acción y la prescripción del derecho. Y en todo aquello que no regula, hace remisión expresa al código contencioso

administrativo.

...

En primer lugar y como puede deducirse del texto de la Ley 610 de 2000, el proceso de responsabilidad fiscal se despliega a través de actividades eminentemente administrativas. Por su parte, en lo que tiene que ver con el origen de una eventual responsabilidad, se tiene a partir de la evidencia o indicio existente sobre la posible causación de un detrimento al patrimonio del estado por parte de un funcionario público o un particular en ejercicio de funciones administrativas, qué se adelantan las actuaciones propias del proceso de responsabilidad fiscal; en consecuencia la actuación administrativa, cuando hay una posible causa de detrimento, puede ser adelantada de forma oficiosa por parte de la contraloría, por solicitud de parte de las entidades vigiladas o a partir de las denuncias presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, particularmente por las veedurías. (Correa & Pinzon, 2012, pp.173-188)

Por su parte la doctora Lida Yolanda Santafé Alonso, en el trabajo de grado presentado para optar por el título de Magister en Derecho, presentado en la Universidad Nacional, en el año 2012, indicó lo siguiente sobre la responsabilidad patrimonial o civil del servidor público en Colombia:

Puede definirse de manera general como “la obligación de reparar el perjuicio causado a un sujeto de derecho”. Miguel Hernández Terán, la señalado que la “Responsabilidad Civil consiste en la obligación jurídica que tiene un sujeto de derecho de resarcir los perjuicios que ha soportado otro individuo, capaz o incapaz”. El actual Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, “reconoce que los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en ejercicio de sus funciones y el perjudicado tiene la

posibilidad de demandar al funcionario, a la entidad o a ambos para ser reparado. De igual forma en relación con la responsabilidad de los funcionarios judiciales, lo hace el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, que consagra una responsabilidad por perjuicios causados a las partes de un error judicial, cuando el funcionario comete abuso de autoridad, obra con error inexcusable o retarda u omite una providencia sin justificación; norma que se entiende subrogada por el capítulo VI de la Ley 270 de 1996, en especial cuando hace referencia a la responsabilidad civil del funcionario y del empleado judicial. (Santafé, 2012, p.28).

Por otra parte la contadora de la Contaduría General de la República, en el escrito denominado la responsabilidad de los funcionarios públicos, hizo alusión a los dos tipos de responsabilidades mencionadas, consignando en ese documento lo siguiente:

Cuando se trata de juzgar la responsabilidad del funcionario público, el art. 1112 al referirse a “los hechos y omisiones...” deja de lado la regla del art. 1074 del Código Civil que dispone que “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.” En consecuencia, se consagra como incumplimiento a la omisión solamente en aquellos casos en que exista la obligación legal de actuar. **Por el contrario el funcionario siempre tendrá el deber de obrar aunque su conducta no esté específicamente reglada en el caso concreto, si ello es necesario para satisfacer la manda del ejercicio regular de sus funciones.** (Calderón, 2010, p.71). (Negrilla y subraya fuera de texto)

Así queda expuesto pues el estado del arte del presente trabajo de investigación en el que como se advirtió en precedencia, no se ha encontrado un documento que permita

colegir con claridad las diferencias entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad patrimonial del funcionario público.

6.2 Marco teórico

La Constitución Política de Colombia en su artículo 209 reza:

“ARTICULO 209. **La función administrativa está al servicio de los intereses generales** y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, **moralidad, eficacia, economía, celeridad,** imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

“**Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.** La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

(Negrillas fuera de texto)

SEGUNDA VISION (Aspectos)

El artículo 343 de la Constitución Política de Colombia dispone:

“ARTICULO 343. La entidad nacional de planeación que señale la ley, tendrá a su cargo el diseño y la organización de los sistemas de evaluación de gestión y resultados de

la administración pública, tanto en lo relacionado con políticas como con proyectos de inversión, en las condiciones que ella determine.”

TERCERA VISION (Aspectos)

Por último la Carta Magna dispone en su artículo 6° lo siguiente:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.**” (Negrilla fuera de texto).

Sea lo primero indicar que la responsabilidad, *prima facie*, del Estado deviene del artículo 90 de la Constitución Política bajo la cual debe resarcirse todo daño que se cause a una persona que no se encuentre en la obligación jurídica de soportarlo.

Ahora bien, los servidores públicos, como dirigentes y ejecutores de las políticas estatales pueden verse inmersos en situaciones de responsabilidad, al haber desarrollado su labor de tal manera que causaran un perjuicio patrimonial al mismo Estado, situación que los enfrenta a un inexorable proceso para establecer la responsabilidad que les queda.

Pueden darse varios supuestos, que un servidor público haya provocado una condena del Estado y por tanto debe responder patrimonialmente para resarcir los daños que previamente fueron indemnizados por la entidad pública, lo cual se hace a través de

la acción de repetición. En otro caso, la situación fáctica se puede presentar en el hecho que un agente del Estado haya menoscabado el erario público, utilizando recursos estatales y disminuyendo el fisco, concretamente en lo relacionado con la gestión fiscal, con lo que se enfrentaría a un juicio de responsabilidad fiscal. En ambos casos, la teleología es la misma, evitar el detrimento de los dineros del Estado; no obstante el procedimiento es diferente y debe clarificarse para que se de el respeto que corresponda por las formalidades de cada juicio.

Preciso es indicar, que el fundamento de la responsabilidad de los funcionarios públicos deviene principalmente del artículo 6° de la Constitución Política, el cual indica que los servidores públicos responderán por infringir la Constitución y la Ley y además por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Cabe aclarar que la responsabilidad fiscal se obtiene a través de un juicio inminentemente administrativo, en tanto que la responsabilidad patrimonial se debate ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción de repetición.

Sobre ese particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, indicó en un concepto de relevancia manifiesta dado que del mismo emerge con claridad las primeras diferencias entre este tipo de responsabilidades de los servidores públicos. Se indicó por la Corporación lo siguiente:

2°. - El proceso de responsabilidad fiscal es el mecanismo idóneo para que el Estado obtenga directamente el resarcimiento patrimonial que le

ha ocasionado el servidor o exservidor público como consecuencia de un inadecuado ejercicio de la gestión fiscal.

Por “gestión fiscal” entiende el artículo 3º de la ley 610: “(...) el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

La Corte Constitucional en sentencia C - 840 de 2001 precisó: “Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo.”

El proceso de responsabilidad fiscal derivado de la gestión fiscal tiene su fundamento en el artículo 268.5 de la Carta y su naturaleza, causa y fin están desarrollados en la ley 610 de 2002, así:

“Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado¹ (...)

Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal².

Parágrafo 1°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Artículo 5°. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.*
- Un daño patrimonial al Estado.*
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores*

¹ Aparte subrayado declarado exequible mediante sentencia C-840 de 2001 "bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal".

² Aparte subrayado declarado exequible mediante Sentencia C-840 de 2001.

Artículo 6°. Detrimiento patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.”

De acuerdo con las normas transcritas, la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y de las personas de derecho privado que manejen o administren bienes, recursos o fondos públicos, derivada de una inadecuada gestión fiscal que cause un daño directamente al patrimonio del Estado, se determina mediante el proceso de responsabilidad fiscal, cuya naturaleza es administrativa y su finalidad es la de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados. Para que se configure la responsabilidad fiscal es necesaria la existencia de un nexo causal entre la conducta dolosa o culposa del agente que ejerza gestión fiscal en los términos señalados en la ley y el daño al patrimonio del Estado.

3°. - La acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, son instrumentos procesales independientes y autónomos, con objeto afín pero de naturaleza y causa distintas.

Conforme con lo expuesto, se establece que estos mecanismos procesales (i) son autónomos e independientes, (ii) tienen diferente naturaleza, judicial la acción de

repetición y administrativa la del proceso de responsabilidad fiscal, (iii) no son subsidiarios, ni su ejercicio es discrecional, razón por la cual no pueden promoverse indistintamente. Aunque su objeto es parcialmente afín - resarcir los daños causados al patrimonio público -, tienen una condición de aplicación diferente, pues, **(a) mientras el fundamento de hecho de la acción de repetición es el daño antijurídico ocasionado a un tercero imputable a dolo o culpa grave de un agente del Estado, que impone a la administración la obligación de obtener de éste el reembolso de lo pagado a la víctima (b) el del proceso de responsabilidad fiscal está constituido por el daño directo al patrimonio del Estado por el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causado por servidores públicos y personas de derecho privado que manejen bienes y fondos públicos – art. 1º ley 610 -.**

De suerte que en el caso consultado el detrimento al patrimonio del Estado si bien de manera mediata deviene del ejercicio irregular de la gestión fiscal, de forma directa e inmediata se origina en el reconocimiento indemnizatorio proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto – art. 2º, ley 678 de 2001-, como consecuencia del daño antijurídico causado a un tercero por la conducta dolosa o gravemente culposa del agente del Estado, lo cual explica claramente que no haya lugar a deducir responsabilidad fiscal por ese hecho, sino que proceda de manera exclusiva la acción de repetición. De este modo, es irrelevante la consideración del origen de la condena – con ocasión o no de gestión fiscal – pues la procedibilidad de la acción de repetición se sustenta en el daño patrimonial causado al tercero cuya indemnización se ha

ordenado judicialmente o debe repararse por el acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación del conflicto.

Sobre la distinción entre estas dos acciones ha profundizado la Corporación en sentencias de la Sección Primera del 26 de julio de 2001, expediente 6620 y del 26 de agosto de 2004, expediente 050012331-000-1997-02093 –01, y en el concepto número 732 de esta Sala.

En el primero de los fallos señalados se aclara, frente a un caso originado en una sentencia condenatoria contra el Estado, como consecuencia de una conducta gravemente culposa de uno de sus agentes, lo siguiente:

“ (...) considera la Sala que no le asiste razón al apelante en sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida que la acción de repetición para perseguir la reparación del detrimento patrimonial inflingido al Estado. Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría.”

Por su parte, esta Sala en concepto 732 de 1995, señaló:

“Todo ello permite deducir que la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de

responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad. (...) En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la Administración o por particulares o entidades que mantengan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento.”

La jurisprudencia y doctrina transcritas sirven para reiterar lo ya dicho en relación con el caso específico consultado, pues no es jurídicamente viable adelantar de modo simultáneo la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, ya que es claro para la Sala que el ámbito de procedibilidad de cada uno de estos mecanismos está concretamente definido en la Constitución y en la ley y, por lo mismo, su ejercicio no es concurrente o alternativo sino excluyente. **En efecto, siempre que se lesione el patrimonio de un tercero que obtiene a su favor el resarcimiento de perjuicios en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, sólo es posible mediante el ejercicio de la acción de repetición obtener del agente el reembolso de los perjuicios que le ocasionó al Estado; mientras que si la lesión al patrimonio estatal se produjo directamente por ejercicio de gestión fiscal, sin**

ocasionar daño a terceros, sólo es viable obtener por la administración la reparación mediante el proceso de responsabilidad fiscal.³ (Negrilla y subraya fuera del texto)

Ahora bien, la responsabilidad fiscal encuentra su fundamento en el numeral 5° del artículo 268 de la Constitución Política de Colombia, en el que se faculta al Contralor General de la República para establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, para lo cual puede:

*“imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicen de las Contralorías Territoriales. **Necesariamente se deriva la responsabilidad fiscal del ejercicio de una gestión fiscal.**”*
(Sánchez, 2009, p.8).

6.3 Marco jurídico

La Constitución Política de Colombia en sus artículos 209, 334, 343 y 6°, concordantes con los artículos 25 y 12 de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1474 de 2011 y Decreto 1520 de 2013, desarrolla el tema de planeación en materia de

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de abril de 2006. Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716). Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE..

contratación estatal. La Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único. Código Penal y de Procedimiento Penal y CPACA.

De igual forma, la Corte Constitucional en sentencia C300 de 2012, y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en sentencia 161-2371 de 2005, preceptúan lo pertinente en la materia.

7. METODOLOGIA DE INVESTIGACION

7.1 Tipo de Investigación

El tipo de investigación es descriptivo y causal.

7.2 Método de Investigación

La investigación se realizará a través del método de análisis y síntesis.

7.3 Información Secundaria

Se analizarán sentencias de las altas cortes (Jurisprudencia), doctrina en la materia y la normatividad vigente.

7.4 Información Primaria

Se acudirá a los entes de control encargados de la vigilancia de los procesos contractuales en el Municipio de Manizales, solicitando resultados de investigaciones fiscales y disciplinarias por falta de planeación en materia de contratación estatal durante el año 2013.

8. DESARROLLO TEMÁTICO

CAPÍTULO I: GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

Desde el punto de vista del objeto, el estatuto de contratación se aplica a todos los contratos de las entidades públicas, tanto a los llamados contratos nominados, es decir, los contenidos en normas de derecho privado o en la misma ley 80 de 1993, como a los innominados, que son aquellos que no corresponden a un tipo preciso de contrato previsto en la ley, pero que constituyen un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, es decir las entidades estatales no se encuentran limitadas en cuanto al tipo de contratos que pueden celebrar para el cumplimiento de su objeto social.

Desde el punto de vista de los sujetos, el estatuto se aplica a las entidades estatales en todos los órdenes y niveles, esto es la Nación y las entidades territoriales con sus organismos adscritos y/o vinculados, así como a los particulares que celebran contratos con el Estado, para lo anterior habrá de tenerse en cuenta las denominaciones establecidas en el artículo 2° de la ley 80 de 1993.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que la ley 1150 de 2007, derogó una serie de regímenes especiales de contratación que se venían presentando en el Estado y que se habían convertido en importantes medios para evadir las normas de contratación como lo eran los previstos para las Corporaciones Autónomas Regionales, Fonade y las

Cooperativas conformadas por entidades estatales, los cuales a partir de la vigencia de la citada ley deben de regirse por lo dispuesto en el estatuto general de contratación.

No obstante lo anterior existen importantes limitaciones en cuanto a su aplicación algunas derivadas de la ley 80 de 1993, otras de normas posteriores y finalmente unas que se establecieron a partir de la ley 1150 de 2007.

Entre las excepciones consagradas en diferentes normas frente a la aplicación del estatuto general de contratación, se tienen las siguientes:

1. Las Empresas Sociales del Estado.
2. Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.
3. Las empresas de Generación, interconexión, transmisión de Energía Eléctrica.
4. Los contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal.
5. Los contratos celebrados por algunas entidades del sector defensa.
6. Los contratos de Ciencia y Tecnología.
7. Los contratos con organismos internacionales, siempre y cuando el organismo internacional aporte el 50% o más del capital del respectivo convenio o proyecto.
8. Las Instituciones de Educación Superior de carácter público quienes se rigen por su propio estatuto contractual a menos que pretendan celebrar contratos de obra, suministro, fiducia o encargo fiduciario.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 80 de 1993, los contratos estatales en Colombia están regulados por un régimen jurídico mixto, conformado por las disposiciones del derecho civil y comercial más las normas especiales contenidas en la citada ley, así como las disposiciones reglamentarias de la misma. Lo anterior implica que para conocer en su totalidad el régimen legal de los contratos estatales, deben tenerse en cuenta las normas relativas a la contratación entre particulares, contenidas básicamente en el Código Civil y en el Código de Comercio.

Lo expuesto se confirma en el artículo 40 de la Ley 80/93 que prescribe que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en ella, correspondan a su esencia y naturaleza, pudiendo las entidades celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, siendo viable incluir las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, a la ley, al orden público, a los principios y finalidades del Estatuto y a los de la buena administración, que fluyen en desarrollo de los diferentes postulados de la administración pública.

Como se podrá observar, el estatuto contractual no limita a las entidades en cuanto a los contratos que pueden celebrar y por lo contrario les da amplia potestad al respecto pudiendo realizar todo tipo de contrato nominado o innominado y que estén previstos en

la misma o norma o en otras regulaciones siempre y cuando no sean contrarios a la ley y demás normas.

Principios que orientan la contratación estatal en Colombia

Los principios que orientan la contratación estatal en Colombia, se encuentran consignados esencialmente en la Ley 80 de 1993, dentro de los que cabe resaltar el principio de planeación, que se desarrollará en un acápite posterior. Todos son de relevancia manifiesta al servir como herramienta de interpretación y solución de casos concretos.

Así pues, el artículo 23 del Estatuto de Contratación Estatal los señala, preceptuando:

*Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los **principios de transparencia, economía y responsabilidad** y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

Desarrollando un poco los principios mencionados, se tiene que la transparencia se entiende como el pacto de integridad que realizan todos los actores involucrados en el proceso, con el compromiso de no soborno, con el fin de obtener o retener un contrato u

otra ventaja impropia, incluyendo la colusión y el interés de propiciar la selección objetiva dentro de las instancias del proceso de contratación. Su cumplimiento parte de la misma concepción del proyecto de contratación de un bien o servicio y sus estudios previos. Sin embargo, el punto más importante que recoge este principio es la elaboración del pliego de condiciones, debido a que en él se definen de forma clara su justificación, motivos y criterios, y se concretizan las condiciones de cumplimiento con la objetividad posible, a partir del objeto de contratación. De igual manera, establece la oportunidad de los participantes para que conozcan los fundamentos del proceso y formulen sus observaciones, si las hay. (Bejarano, 2008, p.23).

En lo que tiene que ver con el principio de economía, vale la pena mencionar que tiene significativa importancia dentro del proceso de contratación estatal y en desarrollo del mismo. El numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, estableció: Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

De igual manera, el CPACA consagra este principio, indicando que se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de

quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordena en forma expresa.

Finalmente se tiene el principio de responsabilidad el que permite Bajo este principio se le brinda mayor autonomía a las entidades estatales para establecer su régimen de responsabilidad. De igual manera, brinda referentes en este aspecto a los servidores públicos y particulares que los comprometen desde lo disciplinario, civil y penal cuando incurren en actuaciones y omisiones antijurídicas que los obligan a indemnizar al Estado y a terceros por los daños causados. En otras palabras, las instituciones públicas y sus funcionarios están comprometidos de manera directa con el cumplimiento de las leyes colombianas, en representación del Estado, ante la sociedad.

CAPÍTULO II: EL PRINCIPIO DE LA PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA JURISPRUDENCIA 2012 A 2014

El principio de la planeación ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se establecen las actividades que debe cumplir la administración a efectos de adelantar una contratación ceñida a las disposiciones legales vigentes.

Indicó la Corporación:

La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:

- (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;
- (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;
- (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc;

(iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;

(v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;

(vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;

(vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

El aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance que se señalan, no solo ha sido consagrado en el Estatuto de Contratación actualmente vigente, contenido en la Ley 80 de 1993, respecto del cual la Ley 1150 de 2007 ha adoptado disposiciones encaminadas a fortalecerlo, sino que también ocupó la atención del legislador al expedir el Decreto-ley 222 de 1983, tal y como se advierte de la interpretación hecha a varios de sus artículos, entre ellos el numeral 2 del artículo 30, el cual estableció algunas exigencias respecto del contenido de los pliegos de condiciones; el artículo 46 que reguló aspectos relacionados con la disponibilidad de las partidas presupuestales y el registro presupuestal; el párrafo 1° del artículo 83 del citado Decreto-ley 222 de 1983 referido a los requisitos y el procedimiento aplicables a la selección

de los contratistas, en función de la cuantía del respectivo contrato de obra, determinada en la estimación del presupuesto oficial.

Pero además, el artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983, de manera expresa, impuso a las entidades públicas el deber de acatar el principio de planeación, concretamente, en los contratos de obra pública, al ordenar la elaboración previa de los planos, proyectos, presupuestos y demás aspectos necesarios para la identificación del contrato a celebrar. (CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854).-) (...)

El principio de planeación no tiene una consagración específica dentro de la Ley 80 de 1993 o la Ley 1157 de 2007, empero se ha entendido jurisprudencialmente que se desarrolla con base en el principio de economía, consolidándose como un pilar fundamental de la contratación en Colombia, aunque guarda relación con el principio de responsabilidad.

El principio de economía pretende que la actividad contractual **“no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad” (...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de “procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)**”. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de

la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. El principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual “la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa” (...) También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados. Finalmente, la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”. Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez. (...) Así las cosas, las anteriores constataciones evidencian que

el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, adelantó un procedimiento sin el lleno de los requisitos exigidos para su validez, con directa violación de los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993. Este hecho configura la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos con el señor Carlos Edgar Moreno Ríos, por cuanto fueron celebrados contra expresa prohibición legal, contenida en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud de la cual, “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” (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON, Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA; SECRETARIA DE HACIENDA).

Se colige de lo expuesto que las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección.

Eso se desprende de la siguiente jurisprudencia:

El principio de economía pretende que la actividad contractual "no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad"

(...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de "procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)". En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. El principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual "la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa" (...) También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados. Finalmente, la efectividad del principio de igualdad "depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración". Al momento de contratar, el Estado está

en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez.” (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON, Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA; SECRETARIA DE HACIENDA).

Fue por ello que el legislador estipuló términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones, de hecho la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO POR AUSENCIA DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA 2014

La responsabilidad patrimonial en Colombia, encuentra su finalidad y determinación en el mencionado artículo 2º de la Ley 678 de 2001, donde pese a que no se indica que es, si consagra los supuestos bajo los cuales se presenta. Debe precisarse entonces, que al igual que el juicio fiscal, este tipo de responsabilidad busca la recuperación de los dineros públicos que salieron del patrimonio estatal, por las conductas dolosas o gravemente culposas de los servidores o exservidores públicos. (Duque, 2012, p.5).

“Gracias a la Ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamentó la determinación patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la Acción de Repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, se le brindaron herramientas a la Administración Pública para que pudiera utilizar esta vía para el reembolso de los dineros pagados con ocasión de las indebidas actuaciones de sus empleados, ocurridas dolosamente o con culpa grave, como también para proteger sus derechos.” (Galindo, 2006, p.77).

Ahora bien, cabe mencionar que los supuestos para que se de la responsabilidad patrimonial en Colombia tienen, como se mencionó en precedencia, su génesis en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. La importancia del establecimiento de la misma, se indicó por parte del Consejo de Estado, en donde indicó:

“[...] es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública.”

En otro sentido, los elementos necesarios⁴ para que se pueda imputar responsabilidad patrimonial a un funcionario público, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- Que se declare que el funcionario o el particular que ejerce funciones públicas actuó con culpa grave o dolo
- Que dicha actuación la realizó en su calidad de servidor público con ocasión o pretexto de este. Si se trata de un particular el hecho o actuación que generó la responsabilidad del Estado deberá ser en ejercicio de las funciones públicas delegadas por ley.
- Que esa actuación haya originado la condena contra el Estado o que por la misma la entidad se vio llamada a presentar conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Se trata de un proceso de responsabilidad civil contra un funcionario es imprescindible determinar la existencia de cada uno de sus elementos, os cuales son:

1) Daño: que es el pago de la condena o conciliación.

⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Cartilla Instructiva de acción de repetición y llamamiento en garantía. Bogotá. 2011. P. 4.

2) Análisis de la conducta del funcionario: se analizará si existen elementos suficientes para imputarle el daño a título de culpa grave o dolo, para ello se deberá recurrir a lo dispuesto en la Ley 678 de 2001 si para la fecha de los hechos ya estaba vigente o se acudirá a los conceptos de culpa y dolo, que antes de la vigencia de la citada ley, la jurisprudencia de lo contencioso había elaborado.

3) Relación de causalidad entre el daño causado a la entidad y la conducta irregular del funcionario: para este efecto servirá el contenido del reglamento o manual de funciones que corresponda al ejercicio del servicio prestado por el funcionario, se debe recurrir a la entidad o dependencia pertinente para allegar tal información. Y en general debe contener toda la normatividad posible para el análisis completo de la responsabilidad del servidor o ex-servidor. Con los antecedentes y el contenido obligacional, junto con la jurisprudencia o la doctrina para comprender los conceptos de culpa grave y dolo, se hace necesario ahora un análisis de la actuación del funcionario para determinar si ella se subsume o no en los conceptos adoptados por la jurisprudencia o la doctrina

Ahora el establecimiento de la responsabilidad patrimonial se debió a la defensa del patrimonio público a través del deber del Estado de repetir contra el servidor, ex-servidor, o particular que haya desempeñado funciones públicas. Así las cosas se reglamentó la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos como de los particulares que desempeñan funciones públicas, permitiendo que el Estado a través del ejercicio de la Acción de Repetición recupere lo pagado en virtud de las

condenas por perjuicios causados por los agentes estatales en ejercicio de sus acciones dolosas o gravemente culposas⁵.

Dicha norma dio respuesta a las políticas de prevención del daño antijurídico como estrategia de protección a los dineros públicos, pues si bien existen diversas fórmulas para exigir de los agentes estatales la protección del patrimonio público, la responsabilidad penal, fiscal o disciplinaria no permiten una fórmula de reclamación directa contra el funcionario que con su actuar doloso o gravemente culposo haya causado perjuicios. Por lo tanto, la implementación de la ley que exige la responsabilidad civil del agente estatal ha permitido la gestión de las entidades públicas y el deber legal de iniciar la Acción de Repetición como estrategia para exigir los dineros pagados en calidad de perjuicios por el actuar u omisión dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales.

La responsabilidad patrimonial entonces nace de la misma acción de repetición y de su finalidad, teniendo en cuenta que busca:

responsabilizar patrimonialmente frente al Estado, al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con el perjudicado, para evitar un proceso o

⁵ DUQUE SÁNCHEZ. Lina Clemencia. Acción de Repetición en Colombia, una tarea pendiente en la Administración Pública. Op.cit. P. 7.

*terminarlo anticipadamente.*⁶ (MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, 2011, p. 7).

El Consejo de Estado ha clarificado los aspectos procesales de la acción de repetición, en sentencia proferida por la Sección Tercera de esa Corporación en la que indicó:

Ahora bien, para determinar cuáles son los asuntos procesales y sustanciales que gobiernan el caso, es necesario determinar los elementos de la acción de repetición, los cuales han sido explicados por la Sala en varias oportunidades:

- La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- El pago realizado por parte de la Administración; y
- La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

Los tres primeros requisitos son de carácter objetivo, frente a los cuales

⁶ ⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Cartilla Instructiva de acción de repetición y llamamiento en garantía. Bogotá. 2011. P. 7.

resultan aplicables las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, según se explicó. Por su parte, la conducta dolosa o gravemente culposa corresponde a un elemento subjetivo que se debe analizar a la luz de la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la actuación u omisión determinante del pago por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición. (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00382-01(37722). Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Actor: MUNICIPIO DE MELGAR. Demandado: CESAR AUGUSTO HERNANDEZ BARRERO. Referencia: ACCION DE REPETICION).

En la misma providencia, la Corporación indicó los eventos bajo los cuales se configura el dolo o la culpa grave, consignando:

Para determinar la culpa grave o el dolo es necesario acudir a las normas vigentes para la época de los hechos contenidas en el Código Civil, las cuales, además de definir el dolo y la culpa grave, clasifica las especies de culpa que existen. Partiendo del contenido de las anteriores definiciones, se evidencia que para el legislador no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma y es por ello que consideró necesario graduarlas, dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo; en estas condiciones, la culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del operador jurídico, es decir que cuando se consagra este tipo de culpa el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia, cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría; es por ello que según la norma, esta clase de culpa en materia civil equivale al dolo; la culpa grave o negligencia grave es descrita por la jurisprudencia alemana como “... una conducta que infringe, en una medida desacostumbradamente desproporcionada, a la diligencia

requerida; sería pasar inadvertido ‘lo que en un caso dado, a cualquiera, debe ser evidente’...”; es decir, que esa “... negligencia grave sería ‘la vulneración de un deber especialmente grave y también subjetivamente inexcusable sin más, que excede considerablemente la medida acostumbrada en la negligencia’”. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 63 del Código Civil transcrito, la jurisprudencia del Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77 y 78 del C.C.A. El Consejo de Estado señaló que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Agregó que es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia.⁷

En reciente pronunciamiento, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, precisó la naturaleza de la acción de responsabilidad y los supuestos para su procedencia. Dijo en esa oportunidad:

2.2. Acción de Repetición - Naturaleza jurídica - elementos y requisitos de procedibilidad

En sentencia C - 619/02 de la Honorable Corte Constitucional, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de repetición se

⁷ *Ibíd*em

reconoció que la misma es el medio idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto que ha debido pagar a modo de indemnización por los daños antijurídicos que haya causado un agente público y se establecieron como requisitos de procedibilidad los siguientes:

- que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular;
- que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público;
- que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.

Por su parte el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado como elementos de la acción de repetición los siguientes:

- La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- El pago realizado por parte de la Administración; y

- La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

En donde, los tres primeros se ha reconocido son de carácter objetivo. Por su parte la calificación de la conducta del agente de gravemente culposa o dolosa, es de carácter subjetivo, por lo tanto, se debe analizar con base en la norma vigente en la fecha de presentación de la demanda, siendo estas los artículos 177 del C.P.C. , los artículos 77 y 78 del C.C.A y 90 de la Constitución Política. (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Radicación número:25000-23-26-000-2002-11030-01(41225). Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Actor: LA NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Demandado: WILLIAM FERNANDO LEON MONCALEANO. Referencia: ACCION DE REPETICION)

Así las cosas, la acción de repetición busca que el servidor o exservidor público pueda resarcir el daño que le causó al patrimonio del Estado, de igual manera se convierte en una herramienta para obtener la eficacia de la función pública, generando un efecto preventivo y a su vez retributivo si se tiene en cuenta la finalidad de recuperar los dineros públicos.

Es de advertir que así como la acción de responsabilidad fiscal, la patrimonial es autónoma y no es subsidiaria a ningún otro juicio de responsabilidad de los servidores público. Así lo reconoció el Consejo de Estado años atrás indicando:

“c) Dicha responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (L. 42/93, art. 81, par.). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca

obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, pueden existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046 de 1994”. (CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de junio de 1999, Radicación 1196. Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo.).

La Procuraduría General de la Nación se ha pronunciado referente a las faltas que cometen los funcionarios cuando no aplican el principio de planeación en la ejecución de los contratos. De hecho, el no examinar cuestiones preliminares puede conllevar a faltas gravísimas por el detrimento patrimonial que se genera, incluso consecuencias penales, por celebración indebida de contratos. De hecho en el marco penal, fiscal y disciplinario, las sanciones se fundamental en la falta de economía.

Así pues, al examinar en apelación un caso donde se imputó falta gravísima por no haber aplicado el mencionado principio, dispuso el ente investigador:

“La situación probatoria no ha cambiado y las apreciaciones jurídicas formuladas por la defensa no están llamadas a cambiar la decisión. Es evidente que el principio de planeación contractual, por cuya vulneración se sancionó en primera instancia a la procesada, no se satisface con la formal existencia de precarios elementos documentales de carácter técnico y/o económico como los allegados por la defensa.

Sino con la efectiva realización de los análisis de todo orden que permitan evitar la improvisación en la ejecución contractual, el desgaste administrativo y el detrimento patrimonial al Estado.

“La verdadera demostración de acatamiento de dicho principio consiste en reconocer que la contratación estatal impone especiales niveles de diligencia, preparación y cuidado que permitan evitar, o cuando menos reducir al mínimo, toda improvisación en la ejecución del contrato. No es suficiente exhibir un documento de naturaleza técnica como un plano o un incipiente estudio de referencia, para tener por cumplido el requisito contractual analizado, pues la planeación contractual supone la anticipación ponderada de los aspectos que puedan afectar el normal desarrollo de la obra objeto de contratación.”

“Resulta incompatible con la filosofía que inspira el principio de planeación contractual, creer que él se limita al acopio de un documento rotulado “estudios técnico-económicos” o con cualquier otra expresión equivalente, si los hechos demuestran que la administración realmente estaba improvisando al momento de celebrar o ejecutar el contrato. Ello se hace patente cuando la obra contratada se aparta de los parámetros técnicos y económicos originalmente trazados para el proyecto. Esto fue precisamente lo que llevó al a quo a tener por demostrado y no desvirtuado el cargo formulado. El Despacho comparte su apreciación. Al respecto considero el a quo: “...”.

“El Despacho comparte la validez de las razones que llevaron a la Viceprocuraduría a deducir responsabilidad en cabeza de la disciplinada y reitera: más que la formal existencia de un documento de apariencia técnica, la planeación se refleja en la anticipación de las eventualidades que se puedan presentar en el desarrollo contractual. No puede entonces admitirse como adecuada, una planeación que calculó 4 metros cúbicos de cimentación, cuando en la liquidación del contrato se

reconocieron y pagaron 21, 5 metros cúbicos de concreto para cimentación⁸. (Negrilla y subraya fuera de texto)

⁸ PROCURADURÍA TERCERA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO. CONCEPTO No. 360 – 2013, 18 – X – 2013. SIAF: 2013 - 343653

9. CONCLUSIONES

Los servidores públicos conforme lo indica el texto constitucional, deben actuar de tal manera que cumplan los fines del Estado y garanticen la adecuada aplicación de los derechos de los habitantes del territorio colombiano. De todo funcionario estatal se espera que su conducta sea adecuada y sin mancha alguna en su moralidad, máxime si se trata de quienes manejan los recursos del Estado, que deben ser destinados a la satisfacción de las necesidades de la población y al mejoramiento de la calidad de vida de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que para garantizar la eficacia de la función del Estado, se han establecido mecanismos de control de la función pública, que apuntan a enjuiciar al servidor público de manera política, disciplinaria, penal, patrimonial y fiscalmente.

La determinación de cada una de estas responsabilidades está en cabeza de un organismo independiente y se rige por procedimientos especiales, como quedó visto a lo largo del presente escrito, en el caso de la responsabilidad fiscal y la responsabilidad patrimonial, las mismas se adelantan bajo los parámetros establecidos en las Leyes 610 de 2000 y 678 de 2001, respectivamente.

La finalidad de estas acciones como quedó visto, además de ser de carácter preventivo, es recuperar los dineros que el Estado haya perdido, bien sea por una inadecuada gestión fiscal o teniendo en cuenta que resultó responsable ante la

jurisdicción contenciosa administrativa por un hecho doloso o gravemente culposo de uno de sus agentes.

Es importante saber manejar las diferencias existentes entre este tipo de responsabilidades, teniendo en cuenta que los procedimientos son bien distintos y el hecho de adelantar el uno o el otro, sin verificar con claridad a cual corresponde, puede terminar no solo en la violación de derechos fundamentales como el debido proceso, sino en la imposibilidad de recuperar los recursos públicos.

Es preciso tener claro, que el juicio de responsabilidad fiscal, es netamente administrativo, en tanto que el de responsabilidad patrimonial se adelantará siempre ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción de repetición. El primero de ello nace en razón a la gestión fiscal, en tanto que el segundo en razón a la previa declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado. En ambas responsabilidades se hace necesario probar el hecho doloso o gravemente culposo del servidor público y se tiene una convergencia adicional que es el hecho de recuperar aquellos dineros que el Estado perdió, por cualquiera de las razones esgrimidas en precedencia.

La determinación de responsabilidad fiscal y patrimonial, se constituyen en entes autónomos, es decir, no son supletorias o subsidiarias.

En otro sentido, cada una tiene su proceso previamente definido en leyes especiales y con las ritualidades propias de cada juicio que debe observarse, so pena de infringir el derecho fundamental de defensa y al debido proceso.

10. BIBLIOGRAFIA

Bejarano Roncancio, Jhon Jairo. (2008). *Fundamentos de la Contratación Pública*. Universidad Nacional, Bogotá D.C., P. 23.

Calderón, Gladys Esther. (2010). *La responsabilidad de los funcionarios públicos*. Revista Auditoría Pública. Núm. 54. Pp. 71-90. Bogotá.

Correa Gómez, Eugenia y Pinzón Maldonado, Héctor. (2012). *Responsabilidad Fiscal den Colombia*. Revista Prolegómenos, Derechos y Valores, volumen XV, núm 29, enero-junio, pp. 173-188. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá Colombia.

Duque Sánchez, Lina Clemencia. (2012). *Acción de Repetición en Colombia, una tarea pendiente en la Administración Pública*. Universidad del Rosario. Bogotá, p. 5.

Galindo Vachá, Juan Carlos. (2006). *La Responsabilidad del Agente Estatal, la Acción de Repetición y el Llamamiento en garantía*. Bogotá: Boletín de Derecho Público, Instituto de Estudios del Ministerio Público. p. 77

Santafé Alonso, Lidia Yolanda. (2012). *La declaratoria de responsabilidad fiscal: ¿función administrativa o función jurisdiccional?*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. p. 28.

Sánchez Torres, Carlos Ariel. (2009). *Aspectos Sustanciales de la Responsabilidad Fiscal en Colombia*. Universidad del Rosario, Bogotá, p. 8.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854).-

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON, Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA; SECRETARIA DE HACIENDA

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 6 de abril de 2006. Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716).
Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00382-01(37722). Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Actor: MUNICIPIO DE MELGAR. Demandado: CESAR AUGUSTO HERNANDEZ BARRERO. Referencia: ACCION DE REPETICION

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-11030-01(41225). Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Actor: LA NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Demandado: WILLIAM FERNANDO LEON MONCALEANO. Referencia: ACCION DE REPETICION

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de junio de 1999, Radicación 1196. Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Cartilla Instructiva de acción de repetición y llamamiento en garantía. Bogotá. 2011. P. 4.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Cartilla Instructiva de acción de repetición y llamamiento en garantía. Bogotá. 2011. P. 7.

PROCURADURÍA TERCERA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO.
CONCEPTO No. 360 – 2013, 18 – X – 2013. SIAF: 2013 - 343653