

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 22

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN EN COLOMBIA

ESTEBAN VARGAS MARTÍNEZ
E-mail: vargas1548@hotmail.com

FRANK ALEXANDER TABORDA MEDRANO
E-mail: alexkdoch@yahoo.es

CLAUDIA FERNANDA HERNÁNDEZ CONTRERAS
E-mail: bocattitos@gmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2015

Resumen: Este artículo tiene por objeto determinar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos en materia de contratación en Colombia; para lograrlo, se identifican los fundamentos jurídicos y doctrinales de dicha responsabilidad con ocasión de la contratación administrativa; a su vez, se analizan los alcances de la responsabilidad disciplinaria derivada de la delegación para contratar; y por último, se establecen las conductas y sanciones por el ejercicio de la contratación estatal que acarrearán responsabilidad disciplinaria para los servidores públicos. El presente escrito está enfocado desde la importancia social y jurídica que tiene conocer, por parte de quienes ejercen o pretenden ejercer la contratación estatal, de los controles y sanciones que para ella consagran la Constitución y la Ley. El abordaje de este tema surge de las irregularidades en el ejercicio de la administración pública y particularmente en la Contratación Estatal, al ser éste uno de los problemas que más agobia a nuestro país dando como resultado ese fenómeno dañino como lo es la corrupción.

Palabras claves: *Contratos – Disciplinario – Licitación – Responsabilidad – Servidor Público – Contratación Estatal.*

Abstract: This article aims to determine the disciplinary responsibility of civil servants on recruitment in Colombia; To achieve this, the legal and doctrinal foundations of such liability incurred in administrative contracts are identified; in turn, the scope of the disciplinary liability of the delegation to hire analyzed; and finally, conduct and penalties for the exercise of government contracting trucking disciplinary responsibility of civil servants are set. This letter is approached from the social and legal importance of knowing, for those who exercise or seek to exercise government procurement, controls and sanctions for her consecrate the Constitution and the law. Dealing with this issue arises from the irregularities in the exercise of public administration and particularly in government procurement, as this is one of the problems that afflicts our country resulting as damaging phenomenon that is corruption.

Keywords: *Contracts - Discipline - Bidding - Responsibility - Public Servant - Contracting State.*

1. INTRODUCCIÓN

Generalmente existe consenso en que la expedición de una norma jurídica obedece,

bien sea “al reconocimiento de una realidad como a la necesidad de reglamentarla, o bien al deseo de consagrar un deber ser” (Dávila, 2001, p. 56). Con la Ley 80 de 1993, y en

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 2 de 22

especial, con las normas que prescriben sobre la responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de la contratación estatal, sucedieron las dos cosas: por una parte era necesario incorporar a la contratación administrativa los principios y postulados constitucionales de 1991 y, por otro, se quería hacer énfasis en la transparencia que debía revestir el ejercicio de la actividad contractual estatal. Esto último por cuanto es quizás en esta actividad donde más desviación de poder, manifestaciones de ilegalidad, intereses particulares y corrupción se da en el desarrollo de la función pública por parte de los funcionarios del Estado.

El Estado colombiano, a pesar de sus imperfecciones está diseñado como Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho. En efecto, la Constitución Política de 1991 además de prescribir derechos y libertades a los individuos sociales, estableció una vital importancia de la sociedad en el desarrollo de los fines del Estado. Es por ello que desde los artículos 1º y 2º de la Constitución, así como el artículo 1º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo (Ley 1437 de 2011) se disponen como fines esenciales del Estado servir a la comunidad y promover la prosperidad general. Son los servidores públicos los directos responsables de que toda actuación estatal cumpla lo anteriormente enunciado con el fin de evitar que existan actuaciones administrativas que vayan encaminadas a la búsqueda del interés particular en el ejercicio de la función pública y la idea del temor al uso arbitrario del poder y por fuera de los cauces institucionalmente marcados.

La contratación estatal, como actuación emanada de la administración, no es ajena a este fenómeno que tanto daño le hace a la sociedad. Justamente, y con el fin de evitar estas situaciones de corrupción, de prevalencia de intereses particulares, de abuso de poder y de violación al ordenamiento jurídico, la Constitución y la Ley previeron unas reglas y unas directrices al momento de contratar por parte del Estado. Se estableció un conjunto de controles desde distintos ángulos (fiscal, penal y disciplinario. Artículos 62 y S.S. Ley 80 de 1993) ya que tan sólo uno de ellos no bastaría

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 22

para lograr el equilibrio del poder, la tutela de los administrados, el respeto a la Ley y el obediencia al mandato soberano del pueblo, que son ideales del Estado de Derecho y de la organización democrática de la política. Difícilmente se encontrará un Estado con tantos controles como los que existen en Colombia, a grandes costos y con pequeños resultados.

De la misma forma, y entendiendo que el ejercicio de la función pública y más concretamente de la contratación estatal, proviene de una persona que es proclive a los errores, se establece un sistema de sanciones disciplinarias (Ley 80 de 1993, Art. 52 y Ley 734 de 2002) para imponerlas en cabeza de quien contrate irregularmente con violación a los principios y normas Constitucional y legalmente establecidas.

Aún cuando el artículo 51 del Estatuto Contractual circunscribe la responsabilidad del servidor público a los campos disciplinario, fiscal y penal, cabe indicar que son tres formas de responsabilidad concurrentes pero distintas, totalmente independientes una de otra, con sanciones de

orden distinto y con procedimientos distintos y autónomos.

En este artículo se pretende, por tanto, hacer énfasis en el tema de la responsabilidad disciplinaria con ocasión de la actividad contractual, la cual se determina con aplicación del Derecho Disciplinario reglado en la Ley 734 de 2002, pues si bien la Ley 80 de 1993 prescribe sanciones y responsabilidades, no determina un procedimiento. La Ley 734 no introdujo modificaciones al estatuto contractual, pero precisa algunas conductas en las que pueden incurrir los servidores públicos con ocasión del ejercicio contractual. Esto significa que los contratos estatales pasaron a ser tema del Derecho Disciplinario, regulador de los cometidos estatales en este campo.

Es por ello que se pretende dar cuenta y describir jurídicamente la responsabilidad disciplinaria que recae en los servidores públicos por irregularidades cometidas en el ejercicio de la contratación estatal, haciendo un análisis de los controles que se ejercen en ella, de las sanciones previstas y de los

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 22

procedimientos establecidos para determinar dicha responsabilidad.

2. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS CON OCASIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La responsabilidad disciplinaria que recae en cabeza de los servidores públicos con ocasión de su ejercicio en la contratación estatal surge de los artículos 26 y S.S. de la Ley 80 de 1993. Específicamente en lo concerniente a la contratación estatal, el artículo 26 de la Ley 80 consagró el principio de responsabilidad en virtud del cual los servidores públicos responderán por sus actuaciones, no obstante, deberá extenderse a los hechos, acciones, omisiones o abstenciones, la cual abarca no sólo la etapa de ejecución del contrato, sino que además, incluye la etapa precontractual, lo que hace desaparecer efectos jurídicos a la distinción de los denominados actos separables del contrato y reduce todos los conflictos.

De acuerdo con Giorgi (2006), la responsabilidad es la consecuencia que se debe asumir por el hecho de haber realizado una falta disciplinaria, por ello es insuficiente que la realización de la falta disciplinaria este demostrada en su faz objetiva; es necesaria la existencia de la prueba que comprometa la responsabilidad del investigado.

Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, este deber surge del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 numeral 1°. Pero además, dicho artículo promueve la vigilancia, en el sentido de que las entidades estatales al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del mismo. En cuanto a que la actuación debe proteger otros intereses, significa que no sólo los intereses de la administración orientan la actuación de los servidores públicos, pues ellos deben actuar

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 22

protegiendo los intereses del contratista y de los terceros.

Señala Mesa (2002) que

Para determinar la responsabilidad de los servidores públicos es necesario que la administración demuestre que se ha incurrido en una conducta tipificada o que se ha ocasionado un daño, pero además, se debe probar la condición de antijuridicidad de la conducta. Esa antijuridicidad sólo es concebible en relación con el actor de la conducta y con la relevancia del hecho que se pretende sancionar. Debe tratarse de la acción consciente del servidor público, en la que no incurran vicios del consentimiento y tampoco circunstancias que permitan eximir la responsabilidad (p. 201).

Este género de responsabilidad del servidor público se configura cuando infringe una norma de carácter disciplinario con ocasión o en ejercicio de la contratación estatal. Este tipo de responsabilidad nace del desconocimiento, inobservancia e inaplicación, por parte del servidor público, de una obligación, un deber o un principio que se le ha impuesto previamente y que debe aplicar en dicho ejercicio.

Los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, están sometidos a un conjunto

de normas de origen constitucional, legal y reglamentario que determina sus funciones, deberes, derechos y prohibiciones. De la misma forma el ordenamiento jurídico establece una serie de sanciones para el servidor público que incumpla sus deberes o incurra de forma activa en prohibiciones establecidas para el ejercicio de sus funciones, después de haberse determinado su responsabilidad, para el caso en estudio, disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria se traduce en el conjunto de las sanciones que puede imponer la misma administración o el Ministerio Público a los servidores públicos derivadas de la violación u omisión de las normas que establecen sus deberes en el ejercicio de sus funciones, o la inobservancia de las prohibiciones que para la función pública y para la contratación estatal establecen la Constitución y la Ley. Este tipo de responsabilidad está dentro de la categoría más amplia de la responsabilidad administrativa, responsabilidad derivada de la transgresión de toda clase de deberes administrativos frente a la administración que

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 22

suponen unas sanciones que han de aplicarse por las autoridades competentes.

La responsabilidad disciplinaria se concreta en la conducta que deben observar los funcionarios al interior de la administración, la cual debe ser acorde con los principios orientadores de la función pública, tales como la moralidad, la responsabilidad, la transparencia, entre otras. Esta responsabilidad se sustenta sobre la base de que los servidores públicos ejercen una función pública, desarrollan una actividad de interés general, poseen una investidura pública y disponen de unos intereses estatales, por lo cual deben observar unos deberes, prohibiciones y sanciones.

Pero no sólo es el principio de responsabilidad el único criterio para determinar la responsabilidad de un servidor público. Suárez (2004) establece que la responsabilidad disciplinaria se fundamenta en otros principios, dentro de los que se destaca el de legalidad:

En virtud de este principio la responsabilidad debe basarse en la aplicación de una ley previamente establecida al hecho que se imputa. Así

mismo, la sanción tiene que estar establecida en la Constitución, en la Ley o en el Reglamento (p. 41).

Por su parte, el principio del debido proceso tiene fundamento en el artículo 29 Constitucional, que prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Respecto al principio de responsabilidad subjetiva, destaca Suárez (2004), éste implica que los servidores públicos son sujetos de responsabilidad en la medida en que actúen con culpa o dolo de forma activa o pasiva, es decir, por acción u omisión.

Por último, el principio de proporcionalidad, implica que

Para la imposición de una sanción disciplinaria, debe hacerse uso de la sana crítica para imponer una pena proporcional a la falta cometida. En materia de derecho disciplinario, la racionalidad es el elemento esencial de las decisiones, pues la administración y los organismos de control deben buscar que las decisiones sean proporcionales y, por lo tanto, razonables en relación con el hecho que se pretende sancionar y con la vulneración del valor jurídico que se tutela (Suárez, 2004, p. 41).

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 22

Ahora bien, para determinar si un servidor público es responsable disciplinariamente por irregularidades en la contratación estatal se debe determinar la violación u omisión por parte de este a un precepto constitucional, legal o reglamentario, esto por cuanto el derecho no puede consagrar hechos sancionatorios sin violación a una norma jurídica.

Señala Gómez (2004) que en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria el bien jurídico protegido por conexidad se deduce del artículo 277 numeral 1° y 3° de la Constitución Nacional, es decir, el cumplimiento de la Constitución y la Ley y la defensa del interés general, esto por cuanto el derecho disciplinario no protege directamente bienes jurídicos, puesto que “la sanción administrativa es una respuesta a la inobservancia, por parte de los servidores públicos, de las obligaciones, deberes y mandatos generales y específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración” (Corte Constitucional, 2000, C-564).

El estatuto contractual en el artículo 51 establece que el servidor público responderá disciplinariamente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la Ley. Esta es una de las consecuencias jurídicas sancionatorias deducibles de la realización o abstención de conductas, hechos y omisiones antijurídicos en la actividad contractual.

Estos hechos y omisiones deben referirse a los fines de la contratación estatal, a los principios que lo regulan y a los criterios de interpretación.

Es natural y lógico que la Constitución y la Ley describan en actos jurídicos generales, impersonales y objetivos una serie de conductas que se consideran contrarias al normal desarrollo de la función pública administrativa, en este caso la contractual y constitutivas en su tipicidad de faltas disciplinarias.

Al servidor público que se le determina responsabilidad disciplinaria en el ejercicio de la contratación estatal se le sanciona a título de dolo o culpa.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 8 de 22

2.1. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Estas características aparecen consignadas en el artículo 50 y ss. de la Ley 80 de 1993.

En primer lugar, se diferencia claramente entre la responsabilidad de la administración, los funcionarios, los contratistas, los asesores, interventores y consultores. En relación con la actuación de la administración se estructuran las circunstancias generadoras de la misma y los alcances indemnizatorios. En este sentido el artículo 50 de la misma Ley, señala que las entidades responderán por actuaciones, abstenciones, hechos u omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En estos casos se deberá indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia dejada de percibir.

Respecto a las circunstancias que puedan generar responsabilidad contractual para la administración, se establecen actos, abstenciones, hechos u omisiones de la misma expedidos o producidos en relación

con la actividad contractual y precontractual. Las posibilidades que generan responsabilidad son: los actos que son la expresión de la voluntad de la administración y que pueden conducir a la administración a actuar, abstenerse de actuar u omitir hacerlo; los hechos que son circunstancias no voluntarias que afectan el mundo exterior, pero que pueden ser imputables a la administración; las omisiones o abstenciones involuntarias de las cuales se siguen consecuencias que afectan al contratista. En conclusión, se deduce que no es necesario un procedimiento activo u omisivo de carácter voluntario de la administración para que se deduzca responsabilidad para ella.

Por su parte, para que exista responsabilidad contractual de la administración deben existir cuatro elementos:

La expresión de la actividad contractual estatal, y que por producto de esa actividad se presente un acto, un hecho o una omisión de la administración.

La actuación debe ser imputable a la administración.

Debe causarse un perjuicio al contratista, que es el daño que siempre tendrá un contenido patrimonial (daño emergente, lucro cesante y otros).

La indemnización equivale a la disminución patrimonial, la prolongación de la misma y la ganancia dejada de percibir, aunque esto es más una consecuencia que un elemento (Meléndez, 2007, p. 39).

Cuando hay responsabilidad de un servidor público se puede proponer una acción de repetición en su contra y para que esta prospere, se deben adelantar las investigaciones pertinentes para deducir la responsabilidad.

El contratista en cuanto a la responsabilidad penal, es considerado un particular que cumple funciones públicas, es decir, se convierte en sujeto sancionable. Se tiene que adquiere responsabilidad civil y penal que emana de sus acciones u omisiones originadas en el contrato estatal. Igualmente responden los consultores, interventores y asesores.

Por último, las sanciones las define el artículo 58 de la Ley 80 de 1993, en caso de la declaratoria de responsabilidad civil, disciplinaria y penal, cuando haya medida de aseguramiento.

2.2. EXIMIENTES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Frente al tema de las eximientes de responsabilidad disciplinaria se ha partido de la idea de que el derecho disciplinario está proyectado más que a la noción de protección de bienes jurídicos, a la protección del deber funcional, entendiendo que es la buena marcha de la administración pública la que se preserva a través de los principios consagrados en la Constitución y la Ley. De allí que la Ley 734 de 2002 en su artículo 28 traiga enumeradas algunas causales de exclusión de responsabilidad.

En primer lugar, por fuerza mayor o caso fortuito. La eximiente de responsabilidad que más ha desarrollado la doctrina es la fuerza mayor, que se circunscribe a un acontecimiento que resulta ajeno e independiente de la voluntad del servidor público y que resulta contrario al orden jurídico.

El concepto de fuerza mayor se describe mejor en el sentido que no hay por parte del servidor público un aporte causal, consciente y controlable en el resultado. Ossa (2000)

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 22

cita algunas características del concepto de fuerza mayor de la siguiente manera:

Características sobresalientes de la fuerza mayor son: exterior en cuanto es ajeno a la persona obligada; imprevisible en cuanto que humanamente no pudo ser considerado por el obligado; extraordinario en cuanto a que su ocurrencia escapa a cualquier previsión e inevitable en cuanto ese acontecimiento no pudo resistirse (p. 354).

En materia contractual, operan también las mismas causales del artículo citado. Doctrinariamente se habla también de una fuerza mayor con características especiales como que es insuperable e irresistible, conceptos estos que justifican la inexecución de un contrato.

La fuerza mayor se considera definitiva cuando, sin ser irresistible o insuperable, trastorna definitivamente el equilibrio del contrato y por ello puede llevar a la rescisión del mismo. En este punto cabe indicar que cuando la alteración del equilibrio contractual se presenta como definitivo, pero sin aparejar una responsabilidad absoluta de cumplir o ejecutar el contrato, no es aplicable la teoría de la imprevisión pues esta última

sólo debe aplicarse en los supuestos que originen dificultades temporales.

El segundo eximente hace referencia al estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado. Esta causal se plantea en el contexto de un deber incumplido frente a otro de mayor jerarquía cuyo soporte igualmente ha de encontrarse en la Constitución o la Ley. Esta causal de exclusión de responsabilidad ha sido denominada en la doctrina del derecho sancionatorio colisión de deberes. Los requerimientos de la causal exigen dos deberes de parte del sujeto disciplinable, uno de los cuales impone una determinada forma de actuar, mientras que otro le señala una forma distinta, así el deber que resulta cumplido es de mayor importancia que el sacrificado y no puede afirmarse que existe una exclusión de la antijuridicidad, dejando activa la tipicidad de la conducta.

La tercera causal hace referencia al cumplimiento de orden de legítima autoridad competente emitida con las formalidades legales.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 22

El cuarto eximiente conlleva a salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad. Esta causal se estructura como colisión entre un derecho propio o ajeno y un deber, el cual aparece moderado por las categorías de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

Otras causales que eximen de responsabilidad hacen referencia a la insuperable coacción ajena o miedo insuperable; la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria; y la inimputabilidad.

Por último se destaca la imprevisión. Si bien este concepto tiene un indudable nexo con el deber de restaurar el equilibrio contractual en su contenido patrimonial, esto no amerita un juicio de responsabilidad disciplinaria contra un determinado servidor público, esto por cuanto la imprevisión consiste en hechos extraordinarios posteriores al contrato que no han podido ser previstos por las partes, que hacen el contrato

más oneroso, y que implican un detrimento patrimonial para el estado.

2.3. PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA

La prescripción en materia disciplinaria, puede darse en dos materias: la acción y la sanción.

La prescripción de la acción es una causal de extinción de la misma, y es la expiración del plazo o término legal para adelantar, seguir o iniciar el proceso disciplinario. Esta prescripción está contenida en el artículo 29 del Código Disciplinario Único como causal de extinción y el artículo 30 del mismo estatuto, define los términos de ella.

La prescripción de la acción es el fenómeno que ocurre cuando pasados cinco (5) años, el Estado no ha declarado responsable a un investigado. Es una figura política por medio de la cual se sanciona moralmente a la administración de justicia por negligente, morosa e inactiva. Es un fenómeno planteado a favor del investigado, por cual con el transcurso del tiempo, se causa extinción de la punibilidad, no

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 22

solamente en abstracto (prescripción del delito) sino en concreto (prescripción de la pena), y por consiguiente pone fin al proceso.

El Estado está en la obligación de definir y declarar dentro del término de cinco (5) años si el investigado es o no responsable frente a la administración o a la sociedad; convirtiéndose en un derecho del disciplinado el conocer dentro de ese lapso si su conducta era o no objeto de reproche o sancionable.

Pero, dentro del mismo artículo 30, el legislador introduce un término de prescripción de doce (12) años para las conductas tipificadas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 48 y todas las previstas en el artículo 55. Lo que significa que hay 28 conductas en las cuales la prescripción es de doce (12) años, lo cual es severo para combatir al interior del Estado determinados comportamientos de algunos servidores públicos que extralimitan, abusan, exceden o desbordan su función legal y rayan con hechos que desdican de la transparencia, idoneidad, eficacia y diligencia con la que debe actuar la administración pública.

En cuanto a la prescripción de la sanción, el artículo 32 del estatuto disciplinario presenta un término de cinco (5) años. Ese tiempo se inicia a contar en el momento en que la decisión- sanción queda ejecutoriada, es decir, que contra ella no proceden recursos.

Pero si la sanción disciplinaria es de destitución e inhabilidad general o una suspensión con inhabilidad especial, una vez se cumpla esa sanción se produce de inmediato o ipso facto la rehabilitación, la cual opera en forma automática.

3. ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DERIVADA DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR

La delegación es traspaso de funciones y de competencias. La delegación es de aplicación restrictiva, porque exige norma expresa o mandato superior, es decir, es la excepción y no la regla general.

Como procedimiento administrativo, es medida transitoria para descongestionar los despachos o para no distraer al superior en asuntos de menor importancia, como sucede en la celebración de contratos a nombre de la Nación de competencia del Presidente que se delegan a cargo de los ministros.

De acuerdo con Santofimio (2009), la delegación se caracteriza por “autorización legal, delegación hecha por funcionario competente, puede reasumirse la competencia por parte del delegante en cualquier momento y se exime de responsabilidad al delegante excepto en los casos del artículo 12 Par. Ley 489 de 1998” (p. 98).

La función delegada conserva la naturaleza y el régimen. (arts. 209, 211 y 301 Cons.Nal.). En primer lugar, se prevé para el ejercicio de la función administrativa teniendo en cuenta razones de interés público; se atribuye la capacidad de delegar (art. 211 ibídem) al presidente, directores de departamento administrativo, representantes legales de entes descentralizados,

superintendentes, gobernadores, alcaldes y otros agentes del Estado.

Cabe advertir la prohibición de subdelegar.

En lo que tiene que ver con la contratación estatal el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 permite delegar total o parcialmente la competencia para contratar, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 12 Par, Ley 489 de 1998, en cuanto la delegación para la firma no exime de responsabilidad civil y penal al agente principal.

Para suscribir contrato por delegación se exige acto administrativo que delegue funciones para contratar especificando el objeto y el monto del contrato en virtud de los artículos 12 de la Ley 80 de 1993 y, 7 y 14 del Decreto 679 de 1994.

En la contratación administrativa se pueden delegar varias funciones. Cabe indicar que bajo la figura de la delegación el delegante se exime de responsabilidad radicando ésta exclusivamente en cabeza del delegatario, así lo expresan el artículo 21 de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 14 de 22

la Constitución Nacional y el artículo 12 de la Ley 80 que

Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

La delegación es un acto libre, unilateral, racional del delegante, el cual es responsabilidad obvia del mismo, en tal sentido, debe tener las atribuciones que la misma ley le otorga: El deber de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado; de impartir orientaciones sobre el ejercicio de las funciones delegadas; la posibilidad para que el delegante pueda reasumir en cualquier tiempo la competencia y la facultad de revisar o revocar los actos expedidos por el delegatario. La omisión de cualquiera de estas atribuciones, deberes o facultades, le acarrea al delegante responsabilidad disciplinaria, penal y/o fiscal.

El acto de delegar exige un análisis previo donde el delegante deberá tener en cuenta

diversos factores, entre ellos, el objeto de la delegación; circunstancias de tiempo, modo y lugar; de allí su responsabilidad. El delegante no es responsable por las decisiones que tome el delegatario en el ejercicio de la delegación que se le otorgó, pero si es responsable por su decisión de delegar y las consecuencias que de ella resulten.

Así, como se pueden delegar funciones para todo el proceso de contratación, también se pueden delegar para diferentes etapas. Por ejemplo, pueden delegarse funciones para la simple suscripción del contrato. Cuando se delega para adelantar todo el proceso contractual, se requiere de la diligencia de un buen padre de familia, toda vez que ello comporta la elaboración de pliegos, la selección objetiva del contratista, la discusión del objeto, el precio, el plazo y las condiciones generales.

La etapa precontractual es el momento indicado para fijar y pactar con consentimiento libre de vicio y con toda legalidad los elementos de la esencia, naturaleza o accidentales del contrato; como puede verse, es el momento indicado para

determinar derechos y obligaciones. Es notorio que la etapa contractual tiene efectos que necesariamente inciden en momentos posteriores como la ejecución o la liquidación del contrato.

Pero podría presentarse el caso que la delegación sea sólo para la suscripción del contrato y ésta deba hacerse sobre la base de lo ya hecho en la etapa precontractual.

De ahí que, la responsabilidad sea distinta dependiendo para las funciones que se delegue. No obstante, se reitera, que de la Ley 489 de 1998 en su artículo 12 se deduce que sea cual fuere la función delegada, la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual recaerá en cabeza del delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo, reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

4. CONDUCTAS Y SANCIONES POR EL EJERCICIO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL QUE ACARREAN RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Las conductas que acarrean sanción disciplinaria son las llamadas faltas disciplinarias, que tienen una clasificación en faltas gravísimas, graves y leves, y según la clase de falta y a título que se declare (dolo o culpa), se determina la sanción que se aplica, en razón del principio de proporcionalidad.

El artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en los numerales 29, 30, 31, 32, 33 y 34 trae definidas como faltas gravísimas algunas conductas realizadas por los servidores públicos en el ejercicio de la contratación estatal.

Las faltas gravísimas en materia de contratación están orientadas a regular de manera exhaustiva todo el proceso de contratación y en algunos casos a evitar que la contratación estatal sea mal utilizada; por ejemplo con la formación de nóminas paralelas, con el incumplimiento de los

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 22

requisitos que exigen a título de estudios técnicos, financieros y jurídicos previos a la ejecución, con la declaratoria de caducidad de los contratos o la aplicación de urgencia manifiesta, entre otros.

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

29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Esta norma representa un tipo disciplinario muy especial y apunta de manera específica a evitar la conducta que se conoce como creación y mantenimiento de nóminas paralelas en el servicio público, desviando las obligaciones que impone la ley sobre el régimen de vinculación al servicio del Estado.

Los contratos de prestación de servicios requieren de unos requisitos, por ejemplo, que no pueda realizarse determinada obra con personal de planta, pero muchos servidores públicos celebran este tipo de

contratos sólo para no implicar una vinculación laboral, “los contratos así celebrados adolecen de nulidad absoluta” (Consejo de Estado, 1994, Auto 7960 de noviembre 11).

Se deduce de lo anterior que celebrar irregularmente un contrato de prestación de servicios con irregularidades tiene dos sanciones, una de tipo objetivo que es la nulidad del contrato y otra de tipo subjetivo que es la falta gravísima en que incurre el servidor público que trae como sanción la destitución y la consecuente inhabilidad.

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

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la Ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de un contrato estatal con persona incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad se considera

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 22

falta gravísima por cuanto se exige del servidor público buena fe y diligencia al escoger la persona con quien se va a contratar para evitar los favorecimientos, el tráfico de influencias y en general, con el fin de tutelar la rectitud en el ejercicio de la función contractual del Estado. Por esto la ley prohíbe la contratación para ciertas personas normalmente con vínculos de parentesco familiar o comercial con los servidores públicos encargados de la contratación administrativa.

Dentro de la etapa previa y en virtud de los principios de eficacia y economía, y en aplicación de la regla de planeación, se requiere que la entidad verifique claramente lo que se pretende hacer, elabore el diseño del plan de inversión de la partida presupuestal, elabore el estudio de oportunidad y conveniencia. La omisión de estos estudios se traduce en violación a los principios de eficacia y economía. Por esto la Ley 734 considera esta omisión como una falta gravísima.

Igualmente dentro de la etapa previa se erige como requisito disponer de los

permisos y licencias ambientales, esto con el fin de proteger el medio ambiente.

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

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

Esto por cuanto en virtud del principio de responsabilidad contractual, los servidores públicos tienen que responder por sus actuaciones y omisiones antijurídicas.

En el ámbito del derecho administrativo, la imputación de responsabilidad no sólo se hace con fundamento en la culpa o en el enriquecimiento ilícito, sino también en la violación a los principios constitucionales.

Esta falta tiene sustento en que nuestro ordenamiento jurídico se estructura sobre el principio de jerarquía normativa, en virtud del cual la Constitución Política es norma de normas y en consecuencia los principios contenidos en ella deben prevalecer y enmarcar el funcionamiento y las diversas

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 18 de 22

actuaciones de la administración pública en la gestión contractual y que ella se adelante con agilidad y eficiencia en el contexto de los principios de responsabilidad, transparencia y economía.

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

32. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.

Se estatuye esta falta porque el principio de buena fe que rige en la contratación estatal se puede ver quebrantado por el servidor público al declarar la caducidad de un contrato sin causa legal. A su vez esto representa un daño que tendría que soportar el contratista, por el cual el Estado tendría que responder en virtud del artículo 90 de la Constitución.

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

33. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la Ley.

Se quiere evitar con esta norma favorecer intereses particulares y que se omitan

algunos requisitos para la contratación y la selección objetiva del contratista. Esta norma tiene como fundamento proteger los intereses generales en virtud de los artículos 1° y 2° de la Constitución y los artículos 1, 2, 4, 12, y 40 de la Ley 80.

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

34. No exigir, el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

Esta conducta amerita juicio de responsabilidad disciplinaria al servidor público que actúe como interventor del contrato.

Tiene como fundamento proteger los intereses de la comunidad y el derecho que tienen las entidades públicas a exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado en virtud del artículo 4° numerales 1° y 5° de la Ley 80 de 1993.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 22

5. CONCLUSIONES

Por orden imperativo de orden Constitucional, los servidores públicos deben buscar que toda su actividad repercuta en el interés general de todos los administrados, su actuar en ejercicio de la función pública debe hacerse con observancia del principio de legalidad, es decir, con funciones detalladas en la Constitución y en la Ley (Constitución Política, 1991, art. 122) y están al servicio del Estado y de la comunidad (Constitución Política, 1991, art. 123, inc. 2º). La conducta del servidor público no puede desarrollarse sin limitaciones, deben seguir el conducto del ordenamiento jurídico. De la misma forma la Constitución Política dispone que los servidores públicos serán responsables por infringir la Constitución, la Ley y los Reglamentos, así como por la omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6º) y le deja a la Ley determinar la responsabilidad en sus diversas modalidades y la forma de hacerla efectiva (art.124 C. Pol.). De lo anterior se deduce que toda actividad que emane de la administración en ejercicio de la función pública y que no tenga como objetivo el

interés general, va en contra vía de nuestra Constitución y de nuestras Leyes. Por esto, al mismo tiempo que la Constitución determinó los derroteros de la administración también previó las sanciones para los servidores públicos que infrinjan el ordenamiento jurídico y determino un sistema de controles que vigilen la actividad de estos.

La actividad contractual estatal como manifestación de la administración pública y por utilizar recursos públicos, es quizás, sin temor a equivocarnos, la forma más utilizada para desviar los recursos y los intereses del Estado, a pesar que en ella también se deben observar las disposiciones normativas que comentamos anteriormente.

La responsabilidad disciplinaria se traduce en las distintas sanciones que puede imponer la administración y el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación y Personerías distritales y municipales) a los servidores públicos como consecuencia de la violación de estos últimos, a los deberes y obligaciones que establece el ordenamiento jurídico para la contratación estatal.

El control disciplinario sobre el servidor público que cometa irregularidades en la contratación estatal lo ejerce el Ministerio Público representado por el Procurador General de la Nación o sus delegados y las Personerías. Es función de la Procuraduría General de la Nación, entre otras, defender los intereses de la sociedad, ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 62 determina que: “la Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del Ministerio Público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantaran las investigaciones sobre la inobservancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten la normatividad.

Son muchas las irregularidades cometidas con ocasión de la actividad contractual del Estado, pero también los controles que se ejercen y las responsabilidades que se imponen.

Como nuestro objeto de estudio es la responsabilidad disciplinaria señalamos que el artículo 52 de la Ley 80 de 1993 establece la responsabilidad disciplinaria para el servidor público que por acción, omisión o extralimitación viole el ordenamiento jurídico. La Ley 80 reconoce e implementa los principios y postulados de la Constitución, los cuales son de obligatoria observancia al momento de la contratación estatal. Basta con señalar el interés general que jamás ha sido objeto de una definición legal precisa, pero que se establece como principio de obligatorio cumplimiento y cuya inobservancia se traduce en violación al ordenamiento jurídico.

Una vez determinada la violación al ordenamiento jurídico en el ejercicio de la actividad contractual es obligación de la entidad estatal y/o de la Procuraduría General de la Nación iniciar el proceso disciplinario.

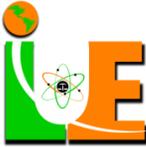
El proceso disciplinario que determine la responsabilidad del servidor público por irregularidades en la contratación, se deberá dar por violación a las normas y principios de la Constitución Política, de la Ley 80, de los

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 22

decretos reglamentarios y por supuesto de la Ley 734. El proceso deberá seguirse con observancia del Código Disciplinario Único toda vez que dentro del ámbito de su aplicación son destinatarios de la Ley 734 los servidores públicos por faltas cometidas en el ejercicio de la función pública. La contratación estatal es una de las manifestaciones de la función pública lo que a su vez sustenta la aplicación de la Ley 734 en el caso planteado.

REFERENCIAS

- Congreso de la República. (1993). *Ley 80, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. (1998). *Auto del 20 agosto, expediente 14202*. Bogotá. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. (2005). *Sentencia del 20 de octubre, radicación No. 14579*. Bogotá. C.P. Germán Rodríguez Villamizar
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-417*. Bogotá. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-280*. Bogotá. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Consejo de Estado. (1994). *Auto 7960 de noviembre 11*. Bogotá. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Corte Constitucional. (1997). *Sentencia de C-310*. Bogotá. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-564*. Bogotá. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-892*. Bogotá. M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Dávila V., L. (2001). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis.
- García de E., E. (2001). *Curso de Derecho Administrativo (Tomo II)*. Madrid: Civitas.
- Giorgi, I. (2006). *Responsabilidad disciplinaria del servidor público en materia de contratación estatal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez P., C. (2004). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Meléndez J., I. (2007). *Memorando de instrucción jurídica interna número: DTL-6000-33099. De la responsabilidad contractual de los servidores públicos, contratistas, consultores, interventores y asesores*.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 22 de 22

Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.
Dirección Técnica Legal.

CURRICULUM VITAE

Mesa N., L. (2002). *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Ossa A., J. (2000). *El Derecho Administrativo Sancionador*. Bogotá: Legis.

Palacio H., J. (2005). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Ramírez G., R. (2005). *El pliego de condiciones en el procedimiento administrativo de licitación pública*. Medellín: Universidad d Antioquia, Facultad d Derecho y Ciencias Políticas.

Restrepo, J. (2002). *Hacia una nueva política de contratación pública*. Bogotá: Legis.

Santofimio G., J. (2009). *Contratación estatal: legislación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Suárez T., D. (2004). *Conferencia 10 años de la Ley 80 Avances o Retrocesos*. Medellín: Personería de Medellín.

Villegas G., O. (2003). *El Proceso Disciplinario*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Esteban Vargas Martínez: Estudiante de último año de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado de Derecho Disciplinario de dicha institución.

Frank Alexander Taborda Medrano: Estudiante de último año de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado de Derecho Disciplinario de dicha institución.

Claudia Fernanda Hernández Contreras: Estudiante de último año de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado de Derecho Disciplinario de dicha institución.